Entspricht den subjektiven öffentlichen Rechten immer eine Rechtspflicht des Berechtigten?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Erich Burchhard
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Brie.
Korreferent: Professor Dr. Dahn.

Meiner lieben Mutter

Inhaltsverzeichnis.

Schluß.

Literaturverzeichnis.

Abraham, Zur Lehre vom Thronverzicht. Diss. Berlin 1906.
Affolter, Studien zum Staatsbegriffe. Im Archiv für öffentliches Recht Bd. 17 S. 93—140. Leipzig 1902.
* * * Grundsätze der Realpolitik (anonym erschienen). Stuttgart 1853.
Anschütz, Deutsches Staatsrecht. In v. Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 449—635, herausgeg. von Kohler. Leipzig 1904.
Anschütz, Verwaltungsrecht. Bei Paul Hinneberg, Die Kultur der Gegenwart. Teil 2 Abt. 8: Systematische Staatswissenschaft. Berlin 1908.
Auerbach, Das Deutsche Reich und seine Verfassung. Berlin 1871.
Beseler, System des deutschen Privatrechts. Berlin 1873.
Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Bd. 1 u. 2. Gotha 1877 u. 1883.
Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Bd. 1 u. 2. Freiburg i. B. und Leipzig 1894 u. 1898.
Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. 1 u. 2. Leipzig 1872 u. 1877.
v. Bismarck, O., Gedanken und Erinnerungen. Bd. 2. Stuttgart 1896.
Bluntschli, Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten. Nördlingen 1872.
Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht. München 1857.
Bornhak, Preußisches Staatsrecht. Bd. 1. Freiburg i. B. 1888.
Brie, Zur Lehre von den Staatenverbindungen. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 11 S. 85 ff.
Brie, Theorie der Staatenverbindungen. Stuttgart 1886.
Brie, Die Artikel „Landesherr“ und „landesherrliches Haus“ in v. Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts Bd. 2 S. 7 ff. Freiburg i. B. 1890.
Carson, H. L., The supreme Court of the United States. Philadelphia 1891.
Chamberlain, Die Grundlagen des 19. Jahrhunderts. Bd. 1 u. 2. München 1903.
Clauß, Die Lehre von den Staatsdienstbarkeiten. Tübingen 1904.
v. Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen. Wien 1905.
Dahn, Die Vernunft im Recht. Berlin 1879.
Dante, De Monarchia in Le Opere Laticce. Bd. 1. Firenze 1878.
Dantscher v. Kollesberg, Die politischen Rechte der Untertanen. 1. Lieferung Wien 1888, 2. Lieferung Wien 1894, 3. Lieferung Wien 1892.
Dernburg, Pandekten. Berlin 1902.
Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. Halle a. S. 1906.
Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. Bd. 1. Berlin 1903.
v. Esmarch, Römische Rechtsgeschichte. Kassel 1888.
Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit. Berlin 1889.
Gareis, Allgemeines Staatsrecht. In Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts Bd. 1. Freiburg i. B. 1883.
Gareis, Institutionen des Völkerrechts. Gießen 1901.
v. Gerber, Über öffentliche Rechte. Tübingen 1852.

v. Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts. Leipzig 1880.

Gierke im Jahrbuch für Gesetzgebung des Deutschen Reichs Bd. 7 S. 1132 ff. 1883. (Zit.: Jahrb.)

Gierke, Die Genossenschaftstheorie. Berlin 1887.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1 u. 2. Leipzig 1895 u. 1905.

Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. In Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft Bd. 3.

Giese, Die Grundrechte in den Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht von Zorn und Stier-Somlo. Bd. 1, 1. Tübingen 1905.

Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechtes und der Nationalökonomie betrachtet. Landshut 1808.

Gumplowicz, Soziologie und Politik. Leipzig 1892.

Gumplowicz, Geschichte der Staatstheorien. Innsbruck 1905.

Haenel, Deutsches Staatsrecht. Bd. 1. Leipzig 1892.

Hatschek, Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung. In den staats- und völkerrechtlichen Abhandlungen von Jellinek und Anschütz. Bd. 2. Leipzig 1898.

Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuch. Sonderabdruck aus dem Verwaltungsarchiv Bd. 7. 1899.

Hefele, Konziliengeschichte. Bd. 6, besorgt von Knöpfler. Freiburg i. B. 1890.

Heilborn, Das System des Völkerrechts. Berlin 1896.

Hinschius, Allgemeine Darstellung der Verhältnisse von Staat und Kirche. In Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts Bd. 1, 1 S. 189 ff. Freiburg i. B. 1883.

Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht. Diss. Zürich 1904.

Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1905. (Zit.: System.)

Jellinek, Das Recht des modernen Staates. Bd. 1: Allgemeine Staatslehre. Berlin 1900. (Zit.: Staatslehre.)

Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen. Wien 1882. (Zit.: Staatenverbindungen.)

Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Leipzig 1904. (Zit.: Erklärung.)

v. Jhering, Der Zweck im Recht. Bd. 1. Leipzig 1884.

v. Jhering, Geist des römischen Rechts. Bd. 1 u. 3. Leipzig 1873 u. 1877.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. Bd. 1—4. Tübingen und Leipzig 1901.

Lamprecht, Deutsche Geschichte. Ergänzungsbd. 1: Zur jüngsten deutschen Vergangenheit. Berlin 1902.

Lasson, Prinzip und Zukunft des Völkerrechts. Berlin 1871.

Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts. Leipzig 1902.

v. Lehmayer, Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Rechte (Verwaltungsgerichtsbarkeit) im Zusammenhange der Wandlungen der Staatsauffassung betrachtet. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 29 S. 1 ff.

Leonhard, R., Beitrag zu der allgemeinen Zivilrechtslehre und zur Begriffsbestimmung der subjektiven Rechte. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 10 S. 1 ff.

Leonhard, R., De natura actionis, quae praejudicialis vocatur. Diss. Berlin 1874.

Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrechte. In Hirths Annalen des Deutschen Reichs. 1884. S. 321 ff.

duc de Lévis, Maximes et Réflexions sur différents sujets de morale et de politique. Paris 1812.

Lexis, Artikel „Monopol" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, herausgeg. von Conrad, Elster, Lexis, Loening, Bd. 5 S. 850 ff. Jena 1900.

v. Liszt, Das Völkerrecht. 5. Aufl. Berlin 1907.
Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.
Loening, Artikel „Staat“ im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 6 S. 907ff. Jena 1901.
v. Martitz, Völkerrecht. Bei Paul Hinneberg, Die Kultur der Gegenwart Teil 2 Abt. 8 S. 427—494. Berlin 1906.
Mayer, F. F., Grundsätze des Verwaltungsrechts. Tübingen 1862.
Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 1 u. 2. Leipzig 1895/96.
Mayer, Otto, im Archiv für öffentliches Recht Bd. 3.
v. Mayr, G., Die Pflicht im Wirtschaftsleben. Tübingen 1900.
Meyer, G., Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Bd. 1 u. 2. Leipzig 1893 u. 1894.
Meyer, G., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bearbeitet von Anschütz. Leipzig 1905.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3. Berlin 1888.
Neumann, Das öffentliche Interesse. In Hirths Annalen 1886 S. 356ff., besonders S. 407—418.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1907.
Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. Leipzig 1893.
Regelsberger in Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 Abt. 1 Teil 7.
Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht. In Hirths Annalen 1884 S. 565ff. sowie 1885 S. 65ff.
Rehm, Allgemeine Staatslehre. In Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts Einleitungsbd. Abt. 2. Freiburg i. B. 1899.
Reidelhuber, Hausrecht und Staatsrecht in bezug auf die Thronfolge. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1906.
Rivier, Lehrbuch des Völkerrechts. Stuttgart 1899.
v. Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. Bd. 1 u. 2, neu bearbeitet von Zorn. Leipzig 1899 u. 1906.
v. Rönne, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. 1. Leipzig 1876.
Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft. Freiburg i. B. 1886. (Zit.: Genossenschaft.)
Rosin, Kritische Begriffsstudien über Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung. In Hirths Annalen 1883 S. 265ff. (Zit.: Begriffsstudien.)
v. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. Tübingen 1880.
v. Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht. In Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts Bd. 1, 2. Freiburg i. B. 1884.
v. Sarwey, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. Bd. 1. Tübingen 1883.
v. Scherer, Handbuch des Kirchenrechts. Bd. 1. Graz 1886
Schmoller, Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre. Teil 1. Leipzig 1908.
Schücking, Der Staat und die Agnaten. Jena 1902.
Schulze, H., Das preußische Staatsrecht. Bd. 1. Leipzig 1872.
Schulze, H., Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Bd. 1. Leipzig 1881.
Schuppe, Der Begriff des subjektiven Rechts. Breslau 1887.
Schwarz, O. G., Strafrecht, Strafprozeß. Berlin 1907.
Seuffert, Recht, Klage, Zwangsvollstreckung. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 S. 617ff.
Seuffert, Vom Verhältnis des Staats und der Diener des Staats gegeneinander im rechtlichen und politischen Verstand. Würzburg 1793.
v. Seydel, M., Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre. Würzburg 1873. (Zit.: Grundzüge.)
v. Seydel, M., Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Freiburg i. B. 1897. (Zit.: Verfassungsurkunde.)
v. Seydel, M., Bayerisches Staatsrecht. Bd. 1. München 1884.

Stahl, Die Philosophie des Rechts. Bd. 2. Heidelberg 1845.
Stammler, Wirtschaft und Recht. Leipzig 1906.
Stammler, Privilegien und Vorrechte (Rede). Halle a. S. 1903.
Stammler, Artikel „Recht" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 6 S. 327 ff. Jena 1901. (Zit.: Handwörterb.)
v. Stein, L., Verwaltungslehre. Bd. 1. Stuttgart 1865.
v. Stengel, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die öffentlichen Rechte im Verwaltungsarchiv S. 177 ff. Berlin 1885. (Zit.: Verwaltungsgerichtsbarkeit.)
v. Stengel, Artikel „Öffentliche Rechte und öffentliche Pflichten" in seinem Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts Bd. 2 S. 177 ff. (Zit.: Wörterb.)
v. Stengel, Artikel „Vertrag" (auf dem Gebiete der Verwaltung) ebenda S. 701 ff. (Zit.: Vertrag.)
Tezner, Kritik des Jellinekschen Systems der subjektiven öffentlichen Rechte. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 21 S. 107 ff.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.
v. Treitschke, Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert. Bd. 1 u. 2. Leipzig 1882 und 1897.
v. Treitschke, Politik. Bd. 1 u. 2. Leipzig 1897/98.
v. Treitschke, Bund und Reich in den preußischen Jahrbüchern. Bd. 34 S. 513 ff.
Triepel, Völkerrecht und Landesrecht. Leipzig 1899.
Triepel, Wahlrecht und Wahlpflicht. Dresden 1900.
Ulbrich, Über öffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Prag 1875.
Wächter, Geschichte, Quellen und Literatur des württembergischen Privatrechts. Bd. 1. 1839.
Wagner, A., Allgemeine Volkswirtschaftslehre. Im Lehrbuch der politischen Ökonomie von Rau. Bd. 1, 1: Grundlegung. Leipzig 1876.
Weber, Th., Staat und Kirche nach der Zeichnung und Absicht des Ultramontanismus. Breslau 1875.
Weber, G., Allgemeine Weltgeschichte. Bd. 13. Leipzig 1888.
Weiske, Artikel „Recht" im Rechtslexikon Bd. 9. Leipzig 1855.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, bearbeitet von Kipp. Bd. 1. Frankfurt 1906.
Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht. Bd. 1 u. 2. Göttingen 1865 u. 1867.
Zoepfl, Grundzüge des gemeinen deutschen Staatsrechts. Bd. 1 u. 2. Leipzig und Heidelberg 1863.
Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. 1 u. 2. Berlin 1895 u. 1897.
Zorn, Neue Beiträge zur Lehre vom Bundesstaat. In Hirths Annalen 1884 S. 453 ff.
Zorn, Artikel „Reichs- und Staatsangehörigkeit" in v. Stengels Wörterbuch Bd. 2 S. 340 ff. Freiburg i. B. 1890.

> Das Höchste menschlicher Weisheit ist, einzusehen, daß alle Behauptungen nur bedingt und relativ, nur gewissermaßen, nur im allgemeinen, nur unter Umständen wahr sind.
>
> Hamerling.

Diese Worte des österreichischen Dichters passen in ganz besonderem Maße auch auf die in dieser Abhandlung behandelte Frage:

„Entspricht den subjektiven öffentlichen Rechten auch immer eine Rechtspflicht des Berechtigten?“

Hinsichtlich des Begriffes und des Umfanges des subjektiven öffentlichen Rechts besteht unter den einzelnen Schriftstellern eine so große Meinungsverschiedenheit, daß Jellinek in der Einleitung seines Systems der subjektiven öffentlichen Rechte ohne Übertreibung behaupten kann:[1]) „Nichts steht weniger fest, als der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts selbst“.

Bevor wir uns jedoch zu der Beantwortung unserer Frage selbst wenden, ist es, insbesondere im Hinblick auf diese über den Begriff der subjektiven öffentlichen Rechte herrschende Meinungsverschiedenheit, notwendig, in eine ausführliche Erörterung der für die Beantwortung unserer Frage in Betracht kommenden Grundbegriffe einzutreten.

Da die Scheidung von subjektivem und objektivem Recht, ebenso wie die von öffentlichem und Privatrecht nicht nur für das öffentliche, sondern auch für das Privatrecht von größter Bedeutung ist, so finden sich mehr oder weniger eingehende Erörterungen über den Begriff der subjektiven öffentlichen Rechte außer in den Büchern des Staats- und Verwaltungsrechts und der Rechtsphilosophie auch in den Einleitungen fast aller größeren Werke des Privatrechts sowie schließlich im Kirchen- und Völkerrecht und in der Nationalökonomie. Von dieser Riesenliteratur konnte natürlich nur ein kleiner Teil benutzt werden. Es war dies um so eher möglich, als sich die Mehrzahl dieser Schriftsteller mit der bloßen Aufnahme irgendeiner Definition begnügt und entsprechend dem Zwecke ihres Werkes nähere Erörterungen über dies Thema vermeidet.

---

[1]) Jellinek, System S. 5.

Im folgenden wollen wir versuchen, einen kurzen Überblick über die verschiedenen hier in Betracht kommenden Auffassungen des subjektiven öffentlichen Rechts zu geben.[1])

Schon hinsichtlich des Umfanges der subjektiven öffentlichen Rechte herrscht, wie gesagt, lebhafter Streit. Ganz abgesehen davon, daß die verschiedenen Schriftsteller unter den einzelnen Arten der subjektiven öffentlichen Rechte, den bürgerlichen, politischen und den Grundrechten, häufig ganz etwas anderes verstehen und infolgedessen in ihren Einteilungen der öffentlichen Rechte oft sehr stark voneinander abweichen,[2]) gibt es Schriftsteller, die das Bestehen von subjektiven öffentlichen Rechten auf allen drei obengenannten Gebieten anerkennen, während andere nur die sogen. politischen und event. auch die bürgerlichen Rechte als subjektive Rechte bezeichnen. Eine dritte Kategorie leugnet dagegen das Bestehen von subjektiven öffentlichen Rechten überhaupt. Der Hauptvertreter dieser letzten Richtung ist Bornhak.[3]) Er geht von der Unterwerfung des einzelnen unter den Staat aus. Da der Staat als Quelle der Rechtsordnung in der Lage ist, das Recht jederzeit zu ändern, so ist er nach seiner Ansicht auch der bestehenden Rechtsordnung nicht unterworfen. Daher sind nach ihm „subjektive Rechte der einzelnen Individuen gegen den Staat begrifflich undenkbar". Zu einem ganz ähnlichen Resultat kommt übrigens Laband, der zwar zunächst wenigstens die sogen. politischen Rechte als subjektive öffentliche Rechte anerkennt,[4]) dann aber an einer späteren Stelle[5]) von dem wichtigsten subjektiven öffentlichen Recht, das wir heute haben, dem Wahlrecht sagt: „Das Wahlrecht ist überhaupt kein subjektives, im individuellen Interesse begründetes Recht, sondern lediglich der Reflex des Verfassungsrechts". Es handelt sich hier wohl zum Teil um eine weitere Fortbildung

---

[1]) vgl. hierzu auch die ausführlichen Literaturzusammenstellungen bei Giese, Grundrechte S. 27—53; G. Meyer, Staatsrecht S. 799 Anm. 1 u. 2; v. Stengel, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 183—189; Loening, Deutsches VerwR. S. 13—14.

[2]) vgl. z. B. v. Dantscher, Die politischen Rechte der Untertanen 1. Lief. a. a. O. S. 8ff., bes. Anm. 1; G. Meyer, Lehrb. d. deutschen Staatsrechts a. a. O. § 11; v. Stengel, Verwaltungsgerichtsbarkeit a. a. O. S. 193—194 sowie die bei diesen Schriftstellern angegebene Literatur.

[3]) Bornhak, Preuß. Staatsrecht a. a. O. § 46 S. 268; vgl. auch Gumplowicz, Soziologie und Politik a. a. O. §§ 25 u. 26 S. 74ff. Nach ihm steht der Staat außerhalb einer gemeinschaftlichen Friedens- und Rechtsordnung und er herrscht lediglich durch Gewalt, indem er sich „zur Festigung seiner Herrschaft das Recht auf Leben und Tod seiner Angehörigen beilegt".

[4]) vgl. Laband, Reichsstaatsrecht Bd. 1 S. 138.

[5]) Laband a. a. O. Bd. 1 S. 306.

v. Gerberscher Gedanken,[1]) trotzdem dieser Schriftsteller keineswegs alle subjektiven öffentlichen Rechte leugnet. Er erkennt vielmehr ausdrücklich die Gegenseitigkeit der staatlichen und individuellen Rechte und Pflichten an.[2]) Während sich also zur ersten Kategorie ausdrücklich vor allem Bornhak bekennt, ist die Zahl jener Autoren eine sehr große, die zwar die sogen. politischen und bürgerlichen Rechte als subjektive öffentliche Rechte gelten lassen wollen, dagegen nicht jene Gruppe von Rechten, die man gemeinhin mit dem Namen „Grundrechte" bezeichnet. Außer v. Gerber seien an dieser Stelle nur Seydel,[3]) Leuthold,[4]) Otto Mayer,[5]) v. Sarwey[6]) und Giese[7]) genannt, die alle diese Rechte als „Normen des Handelns der Regierungsgewalt", als „Vorbehalte des Gesetzes" oder ähnlich bezeichnen.

Im Gegensatz zu den hier genannten Schriftstellern betrachten dagegen zahlreiche Autoren auch die Grundrechte als subjektive öffentliche Rechte der Untertanen, z. B. Haenel,[8]) Schulze,[9]) Zoepfl,[10]) Ulbrich,[11]) F. F. Mayer,[12]) v. Stengel,[13]) Loening,[14]) Gierke,[15]) G. Meyer,[16]) Tezner[17]) u. a. m.

Bei derartigen Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich des Umfanges der subjektiven öffentlichen Rechte ist es erklärlich, daß fast allgemein nach irgendwelchen grundsätzlichen Gesichtspunkten gesucht wird, um eine Scheidung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht vorzunehmen. Die Hauptrolle spielt hier der materielle Gesichtspunkt des überwiegenden Interesses.

Danach soll es sich um öffentliches Recht handeln, wenn durch das betreffende Recht zunächst ein öffentliches Interesse, um ein Privatrecht dagegen, wenn dadurch in erster Linie ein privates Interesse anerkannt und geschützt werden soll.[18])

---

[1]) v. Gerber, über öffentl. Rechte S. 77—79 sowie Jellinek, System S. 68.
[2]) v. Gerber, Grundzüge S. 50 ff. sowie S. 227 ff.
[3]) Bayer. Staatsrecht a. a. O. S. 571 sowie Grundzüge S. 49 ff.
[4]) Leuthold, Annalen 1884 S. 365.
[5]) Deutsches VerwR. S. 74 ff.
[6]) Staatsrecht des Königreichs Württemberg Bd. 1 S. 176.
[7]) Grundrechte S. 73.
[8]) Staatsrecht Bd. 1 S. 356.
[9]) Preuß. Staatsrecht Bd. 1 § 112 S. 370.
[10]) Staatsrecht Bd. 2 § 290 S. 18 ff.
[11]) über öffentl. Rechte S. 25.
[12]) Grundzüge d. VerwR. S. 438 f.
[13]) Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 194 ff.
[14]) Lehrb. d. deutschen VerwR. S. 12.
[15]) Jahrb. a. a. O. S. 1132 ff.
[16]) Staatsrecht § 217 S. 799 ff.
[17]) Tezner, Kritik S. 134 ff.
[18]) vgl. Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes a. a. O., Annalen 1885 S. 91; Leuthold, Öffentl. Interesse und öffentl. Klage a. a. O., Annalen 1884 S. 346 Anm. 3 u. S. 348 sowie die bei beiden angegebene Literatur.

Diese Theorie hat sehr viele Anhänger. Ihre Bedeutung für die Beantwortung unserer Frage wird daher später noch genauer zu erörtern sein, ebenso die Ansicht jener Schriftsteller, die eine Scheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht nach formellen Gesichtspunkten empfehlen, indem, wie sie behaupten, für die Zuteilung zu der einen oder der anderen Kategorie die Art des Rechtsverhältnisses maßgebend ist, aus dem die einzelnen Rechte entspringen.[1])

Weitverbreitet ist auch die Anschauung, daß Privatrechte und öffentliche Rechte sich dadurch unterscheiden, daß bei den öffentlichen Rechten eine Pflicht zur Ausübung besteht, bei Privatrechten dagegen nicht, oder daß Privatrechte verzichtbar seien, öffentliche Rechte nicht.

So sagt z. B. Bluntschli[2]): „Öffentliches Recht ist zugleich öffentliche Pflicht. Der Berechtigte ist verpflichtet, sein Recht auszuüben. Im Privatrecht dagegen gilt die entgegengesetzte Regel. Es steht in der Willkür des Berechtigten, ob er sein Recht ausüben wolle oder nicht", während nach G. Meyer[3]) dem öffentlichen Recht zwar auch regelmäßig eine öffentliche Pflicht des Berechtigten entspricht, es jedoch seiner Ansicht nach nicht notwendig ist, daß diese Pflicht auch immer die Ausprägung als Rechtspflicht erhalten hat. v. Stengel[4]) gibt dagegen lediglich zu, daß viele öffentlichrechtliche Befugnisse, insbesondere die politischen Rechte, gleichzeitig auch öffentliche Pflichten sind, er ist jedoch weit davon entfernt, dieser Tatsache größere Bedeutung beizumessen und etwa mit Bluntschli den Gegensatz zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht danach zu bestimmen, ob der Berechtigte im einzelnen Falle zur Ausübung seines Rechts verpflichtet ist oder nicht.

Es wird sich im Verlaufe dieser Abhandlung noch häufig Gelegenheit bieten, gerade auf dieses Unterscheidungsmittel zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht zurückzukommen. Wir behalten uns deshalb die Entscheidung darüber, ob Bluntschli oder v. Stengel recht hat, noch für später vor. Hier genügt es, diese Theorie kurz skizziert zu haben.

Dagegen ist es möglich, schon an dieser Stelle die andere Streitfrage zu entscheiden, ob nämlich der Gegensatz zwischen dem

---

[1]) vgl. z. B. Leuthold a. a. O., Annalen 1884 S. 361; Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentl. Recht und dem PrivR. a. a. O. S. 86.

[2]) Allgem. Staatsrecht S. 3 u. 4; ähnlich v. Gerber, über öffentl. Recht a. a. O. S. 32.

[3]) Lehrb. d. deutschen Staatsrechts S. 34.

[4]) Wörterb. a. a. O. Bd. 2 S. 180.

öffentlichen Rechte und dem Privatrechte darin besteht, daß im Gegensatz zu den Privatrechten öffentliche Rechte nicht verzichtbar seien. Diese Ansicht, als deren Anhänger Thon[1]) und früher auch R. Leonhard[2]) zu nennen sind, geht zurück auf die Definition Papinians: „ius publicum privatorum pactis mutari non potest",[3]) als deren Fortbildung sie sich darstellt. Wenn, so schließen ihre Anhänger nämlich weiter, auf öffentliches Recht mittels privater Abmachungen weder verzichtet noch sonst eingewirkt werden kann, so ergibt sich umgekehrt aus dem Gegensatze zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht, daß dies im Privatrecht sehr wohl möglich ist.

Diese Ansicht ist jedoch nicht richtig. Leonhard, der sich, wie gesagt, in seiner Doktordissertation selber zu ihr bekannt hat,[4]) erkennt heute ganz offen an, daß es vielfach verzichtbare öffentliche Rechte gibt.[5]) Es sei hier nur an den Verzicht des Thronfolgers auf den Thron oder an den Verzicht auf bisher genossene Steuerbefreiungen seitens der Berechtigten erinnert. Andrerseits nennt Leonhard selbst als unverzichtbare Privatrechte z. B. die emphyteusis des colonus sowie gewisse Familienrechte, die nur zum Teil und unter ganz besonderen Bedingungen verzichtbar sind, z. B. nur mittels datio in adoptionem oder emancipatio.[6])

Unser kurzer Überblick über die verschiedenen Auffassungen des subjektiven öffentlichen Rechts ist hiermit beendet. Er hat uns neben der Mannigfaltigkeit der in der Literatur vertretenen Ansichten vor allem auch das eine gezeigt, daß nicht nur zur Entscheidung darüber, ob diese oder jene Definition des subjektiven öffentlichen Rechts zutrifft, sondern auch zur Beantwortung unserer Frage überhaupt es unumgänglich notwendig ist, daß wir uns vorher über die einzelnen hier in Betracht kommenden allgemeinen Begriffe, wie Recht, subjektives Recht, Rechtspflicht, öffentliches Recht, öffentlicher Verband und Staat, genau verständigt haben.

Beginnen wir mit einer kurzen Untersuchung über den Begriff und das Wesen des Rechts selbst. Das Recht regelt jedenfalls nur die äußeren Beziehungen der Menschen zueinander, wie

---

[1]) Rechtsnorm und subjektives Recht a. a. O. S. 133.
[2]) De natura actionis, quae praejudicialis vocatur a. a. O. S. 6ff.
[3]) l. 38 D. de pactis 2, 14.
[4]) a. a. O. S. 7.
[5]) Ein Beitrag zu der allgem. Zivilrechtslehre a. a. O. S. 31.
[6]) a. a. O. S. 31.
[7]) v. Stengel, Wörterb. § 1 S. 177.

sie sich uns in Handlungen bezw. Unterlassungen darstellen,[7]) und zwar nicht nur die der einzelnen Menschen, d. h. der physischen Personen, sondern die äußeren Beziehungen der Rechtssubjekte überhaupt, d. h. auch der juristischen Personen. Die Ausdehnung des Rechts auch auf die Beziehungen der juristischen Personen zueinander und zu den einzelnen Menschen ist keineswegs eine willkürliche. Nach der richtigen von Beseler[1]) und nach ihm besonders von Gierke[2]) vertretenen Theorie sind nämlich die juristischen Personen keineswegs eine bloße Fiktion, sondern zunächst etwas Tatsächliches, und genau so wie der einzelne Mensch können sie nur deshalb Träger von Rechten und Pflichten sein, weil und insoweit sie vom Recht als Personen, d. h. als Rechtssubjekte, anerkannt sind.

Mit dieser Bestimmung des Rechts als äußere Regelung menschlichen Verhaltens ist aber der Begriff desselben noch nicht erschöpft. Es gilt vielmehr noch, das Recht nach zwei Richtungen hin scharf zu scheiden. Einmal ist nämlich die Grenze festzulegen zwischen Recht und Willkür und zweitens zwischen Recht und Sitte. Der erste Gegensatz läßt sich lediglich nach der formalen Seite hin bestimmen, nicht dem Inhalte nach, da es vorkommen kann, daß die rechtliche Norm und der willkürliche Gewaltbefehl den gleichen Inhalt haben. Der Gegensatz zwischen Willkür und Recht besteht vielmehr darin, daß bei der Willkür der Befehlende sein Gebot selbst gar nicht (dem formalen Sinne nach) als objektiv bindende Regelung menschlicher Beziehungen erachtet, vielmehr lediglich als Ausdruck einer persönlichen Laune, auf die er zurückkommen wird, wenn er wollen wird.[3]) Beim Recht dagegen will der Gebietende auch selbst an die von ihm gegebene Norm gebunden sein. Hierbei ist es, wie Stammler bemerkt, sehr wohl möglich, daß der die Regel Setzende nur dahin verpflichtet sein will, die von ihm gesetzte Norm auch getreulich zu handhaben und nicht eher von ihr abzuweichen, als bis er diese rechtliche Satzung wieder aufgehoben hat.[4]) Auch der Unterschied zwischen Recht und Sitte ist ein formaler. Er beruht auf der verschiedenen Art und Weise, wie sie Geltung für sich beanspruchen.[5]) Auch die Sitte regelt ebenso wie das Recht das Zusammenleben der Menschen. Sie umfaßt die verschiedenen Verhältnisse des gesellschaftlichen Lebens, aber sie setzt, da sie für ein friedliches und

---

[1]) System des deutschen PrivR. Bd. 1 § 66 ff.

[2]) Genossenschaftstheorie, besonders S. 20 ff.; vgl. auch Dahn, Vernunft im Recht S. 161 ff.

[3]) Stammler, Wirtschaft und Recht S. 487.

[4]) Stammler, Handwörterb. a. a. O. S. 328.

[5]) Stammler, Wirtschaft und Recht S. 121 ff.

geordnetes Zusammenleben der Menschen nicht absolut notwendig ist, nur eine freiwillige Anerkennung voraus und mißbilligt die Anwendung von Zwang. Anders das Recht. Das Recht ist die notwendige, d. h. vernunftnotwendige[1]) Bedingung für ein friedliches und geordnetes Zusammenleben der Menschen, sowie für einen gesitteten, fortschreitenden Kulturzustand.[2]) Zwar gibt es, wie aus dem bisher Gesagten hervorgeht, noch zwei andere Zustände, die ein Zusammenleben von Menschen ermöglichen, nämlich einmal den Zustand der Willkür oder Gewalt und zweitens den des freiwilligen Vertrages oder, wie Stammler[3]) es nennt, der konventionalen Regel. Den ersten Zustand werden wir aber nimmermehr als einen friedlichen und geordneten bezeichnen können, vielmehr ist es ein höchst willkürlicher und unsicherer, der in jedem Augenblick durch die Willkür des Mächtigen verändert werden kann. Er unterscheidet sich in nichts von dem Zusammenleben der vernunftlosen Tiere. Der zweite dagegen setzt eine Entschlußfähigkeit seiner Teilnehmer voraus, da er auf der freiwilligen Entschließung seiner Mitglieder beruht und daher ganz naturgemäß einen Zwang nicht kennt.[4]) Er ist aber deshalb auch nicht imstande, alle Arbeiten menschlichen Zusammenlebens zu regeln, da nicht alle Menschen entschlußfähig sind.[5]) Das Recht dagegen will und soll jedes menschliche Zusammensein umfassen. Es fragt deshalb nicht darnach, ob sich die einzelnen ihm unterwerfen wollen. Es bestimmt vielmehr allein, wer ihm angehören soll, und es beansprucht in selbstherrlicher Weise Gehorsam seitens der ihm Untergebenen.[6]) Die Berechtigung zu der Anwendung von Zwang ergibt sich aber daraus, daß bis jetzt in der Geschichte außer der rechtlichen keine geordnete und friedliche Regelung bekannt geworden ist, die imstande wäre, alles menschliche Zusammenleben zu umfassen. Allein das Recht als „die ihrem Sinne nach unverletzbar geltende Zwangsregelung menschlichen

---

[1]) Dahn, Vernunft im Recht S. 14, 85, 146 usw.; vgl. auch *** Grundsätze der Realpolitik a. a. O. S. 130: „Die dem Staate unentbehrliche Achtung vor Recht und Gesetz ... kann ... nur aus freier, vernünftiger Überzeugung hervorgehen, aus der Überzeugung, daß Recht und Gesetz ihrem Ursprunge und Inhalte nach dem öffentlichen Bedürfnisse entsprechen. Die Achtung vor Gesetz und Obrigkeit läßt sich nicht erzwingen, sondern sie will verdient sein".

[2]) Schmoller a. a. O. Teil 1 S. 54.

[3]) Wirtschaft und Recht S. 121.

[4]) vgl. z. B. Fürst Peter Krapotkin, L'inévitable Anarchie (1896), sowie die Kritik dieser Theorie bei Gumplowicz, Geschichte der Staatstheorien a. a. O. S. 518ff.

[5]) vgl. Stammler, Wörterb. a. a. O. S. 333, sowie seine Kritik des modernen kommunistischen Anarchismus.

[6]) Windscheid-Kipp § 37 Anm. 3 S. 161; a. A. Bierling, Jurist. Prinzipienlehre 1894 Bd. 1 S. 163.

Zusammenlebens"[1]) entspricht einmal dem Streben der Menschen nach einem geordneten und friedlichen Zusammenleben (Zweckbedürfnis, Jhering[2]) und außerdem den Anforderungen der menschlichen Vernunft, die das Bedürfnis hat, alle Erscheinungen und alles einzelne unter ein höheres Gesetz zu subsumieren.[3]) Das auf diese Weise durch das Recht geregelte Zusammenleben der Menschen zerfällt nun in eine große Anzahl einzelner Rechtsverhältnisse, so daß wir unter Rechtsverhältnissen in diesem Sinne „die vom objektiven Recht anerkannten Lebensverhältnisse"[4]) zu verstehen haben.

Da nun aber, wie später noch näher auszuführen, „alle Rechte zwischen Person und Person"[5]) bestehen, so ist ein Rechtsverhältnis inhaltlich „die Gesamtheit der auf ein und demselben rechtlich relevanten Tatbestand beruhenden rechtlichen Beziehungen zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten".[6])

Aus dem einzelnen Rechtsverhältnis entspringen dann wieder für das Individuum die einzelnen subjektiven Rechte.[7]) Wir haben deshalb unter subjektiven Rechten „den Inbegriff aller Befugnisse" zu verstehen, die einem Rechtssubjekt aus einem Rechtsverhältnis zustehen.[8]) Es ist das „Wollendürfen" im Windscheidschen Sinne,[9]) dessen Inhalt darin besteht, daß gewisse Interessen des Individuums von der Rechtsordnung geschützt werden.[10]) Diese Befugnisse oder einzelnen subjektiven Rechte bestehen in der Berechtigung, von einem bestimmten anderen Rechtssubjekt oder von einer unbestimmten Anzahl anderer Rechtssubjekte ein Handeln, Dulden oder Unterlassen verlangen zu können.[11]) In der Regel wird die Rechtsordnung dem Berechtigten auf sein Verlangen auch die nötigen Zwangsmittel zur Durchsetzung des

---

[1]) Stammler, Wirtschaft und Recht S. 488, sowie Wörterb. a. a. O. S. 328.

[2]) Zweck im Recht S. 59ff.

[3]) Dahn, Vernunft im Recht S. 13ff.

[4]) vgl. Regelsberger, Pand. a. a. O. Bd. 1 § 13 I S. 71.

[5]) vgl. Windscheid, Pand. a. a. O. § 38.

[6]) Holliger S. 93; ähnlich Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 1 § 28 II S. 255; Stammler, Wirtschaft u. Recht S. 250ff.; Heilborn, System d. Völkerrechts S. 23; anders Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 1 S. 113.

[7]) Jellinek, System S. 58 u. 86; Stammler, Wirtschaft und Recht S. 250ff.; Heilborn, System S. 63.

[8]) Holliger S. 93.

[9]) Windscheid, Pand. § 37 S. 156, nur daß die Windscheidsche Definition außer dem eigentlichen subjektiven Recht noch das zugrunde liegende Rechtsverhältnis sowie die Möglichkeit umfaßt, ein Rechtsverhältnis zu begründen.

[10]) v. Stengel, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 190; Jellinek, System S. 44; Binding, Normen Bd. 2 S. 50 Anm. 75; Bierling, Kritik der jurist. Grundbegriffe 1883 Bd. 2 S. 58ff.; Schuppe a. a. O. S. 27ff., 46ff.; Jhering, Geist d. röm. R. Bd. 3 § 61 S. 328; Leonhard a. a. O. S. 26ff.

[11]) v. Stengel, Wörterb. S. 177.

ihm von ihr verliehenen Rechts gewähren. Notwendig zum Begriffe des subjektiven Rechts ist dies jedoch nicht.[1] Besonders in früherer Zeit, wo die Verwaltungsrechtspflege noch nicht so gut ausgebildet war wie heute, war es dem einzelnen häufig nicht möglich, sein Recht gegenüber der Verwaltung durchzusetzen. Aber auch heute sind Fälle denkbar, wo dem Berechtigten keine Rechtsmittel zur Verwirklichung seines Rechts zur Verfügung stehen. Wenn die obersten staatlichen Organe, wenn der König oder wenn die gesetzgebenden Versammlungen einen Verfassungsbruch begehen, so gibt es dagegen wenigstens in der Regel kein Rechtsmittel, es sei denn, daß in dem betreffenden Staat ein unabhängiger Gerichtshof existiert, der die Befugnis hat, ein Gesetz des Staates für nichtig zu erklären, das mit der Verfassung im Widerspruch steht. Diese Befugnis besitzt der Supreme Court der Vereinigten Staaten von Nordamerika, der nicht nur ein Gesetz eines Staates, sondern auch eine Kongreßakte für nichtig erklären kann.[2] Notwendig für das Bestehen eines subjektiven Rechts ist jedoch nur, daß der Gegenkontrahent im Falle eines Begehrens des Berechtigten gesetzlich verpflichtet ist, die entsprechende Handlung vorzunehmen bezw. zu dulden oder zu unterlassen. Es ist dagegen nicht notwendig, daß der Berechtigte die ausschließliche Befugnis hat, Rechtsnormen in seinem Interesse in Bewegung zu setzen, wie dies Giese verlangt.[3] Die Rechtsordnung erkennt ein Individualinteresse überhaupt nur an, wenn die Anerkennung zugleich im öffentlichen Interesse liegt[4] oder wenigstens zur Zeit seiner erstmaligen Anerkennung gelegen ist. Es gibt, wie Jellinek treffend ausführt, „kein rechtliches Interesse, das nicht in Beziehung zum gemeinen Interesse stände".[5] Während es nun aber eine große Anzahl von Einzelinteressen gibt, an deren Befriedigung die Allgemeinheit nur ein geringes Interesse hat, z. B. daran, ob der A dem B seine Schuld bezahlt oder nicht, gibt es andere Einzelinteressen, die zugleich auch im höchsten Maße im Interesse der Allgemeinheit liegen. Wenn A dem B eine Sache gestohlen hat, so liegt es nicht nur im Interesse des B, sondern auch in dem der Allgemeinheit, daß der A bestraft wird, da zu befürchten ist, daß A

---

[1] vgl. Windscheid, Pand. § 37 S. 164; Thon a. a. O. S. 7; Regelsberger, Pand. Bd. 1 § 10 III; Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 1 § 15 S. 114; Stammler, Wirtschaft und Recht S. 128; Seuffert bei Grünhut Bd. 12 S. 622 ff.; Dantscher v. Kollesberg a. a. O. 2. Lief. S. 47; Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe Bd. 1 S. 139 ff.; Heilborn, System S. 69.

[2] vgl. K. L. Carson, The supreme Court of the United States.

[3] Grundrechte S. 70.

[4] Jellinek, System S. 53.

[5] Jellinek a. a. O.

dieselbe Tat vielleicht kurz darauf auch an dem Eigentum eines anderen begehen könnte. Würde man in einem solchen Falle ausschließlich dem B die Befugnis zuerkennen, Rechtsnormen in seinem Interesse in Bewegung zu setzen, so würde dadurch die Allgemeinheit häufig schwer benachteiligt werden, beispielsweise wenn B es aus Bequemlichkeit oder aus irgendeinem anderen Grunde unterlassen sollte, den A anzuzeigen. Deshalb muß in einem solchen Falle die Allgemeinheit die Möglichkeit haben, auch ohne, ja gegen den Willen des unmittelbar Geschädigten Rechtsnormen in Bewegung zu setzen und die Verletzung des Gesetzes zu ahnden, während das Bestehen eines solchen Rechts der Allgemeinheit in unserem ersten Falle nicht notwendig ist. Diese Grenze zwischen dem vorwiegenden Interesse des einzelnen und der Allgemeinheit ist äußerst flüssig. Sie kann ausschließlich auf Grund des jeweils in dem betreffenden Gemeinwesen geltenden Rechts bestimmt werden.[1] Dagegen erscheint es uns nach dem eben Ausgeführten nicht richtig, wenn man ein subjektives Recht des einzelnen in den Fällen nicht anerkennen will, wo das Gemeininteresse vorherrscht. Vielmehr ist unseres Erachtens ein subjektives Recht dem einzelnen stets gegeben, wenn er die Möglichkeit hat, Rechtsnormen in seinem Interesse in Bewegung zu setzen.

Alle Handlungen dagegen, die man vornehmen kann, ohne dabei mit der Rechtssphäre auch nur irgendeines Rechtssubjektes in Berührung zu kommen, sind rechtlich gleichgültige Handlungen.[2] Sie können, da alles Recht Beziehung von Rechtssubjekten ist, nie Gegenstand subjektiver Rechte sein. In diesem Sinne gibt es kein subjektives Recht, zu schlafen oder spazieren zu gehen.[3] Zu Rechten werden diese Handlungen erst dadurch, daß ich bei ihrer Ausübung mit der Rechtssphäre anderer Rechtssubjekte in Berührung komme. Erst wenn dies der Fall ist, wird auch das Schlafen oder Spazierengehen zu einem subjektiven Recht, z. B. wenn ich auf Grund etwa bestehender Polizeiverordnungen oder besonderer im Mietvertrage enthaltener Bestimmungen im Mietshause nächtliches Klavierspielen nicht zu dulden brauche, oder wenn ich aus einem besonderen Rechtsgrunde in einem fremden Garten spazieren gehen darf. Wichtig ist es aber, wie schon oben bemerkt, daran festzuhalten, daß der Gegenstand — das Objekt — des einzelnen subjektiven Rechts nie eine Sache, sondern immer

---

[1]) vgl. z. B. die Zahl der Antragsdelikte im RStGB. v. 15. 5. 1871 mit derjenigen der Novelle zum StGB. v. 26. 2. 1876 (RGBl. S. 25).

[2]) Jellinek, System S. 50.

[3]) Seydel, Grundzüge a. a. O. S. 49.

nur der dem Berechtigten gegenüberstehende Wille anderer Rechtssubjekte (der Verpflichteten) sein kann.[1]) Zwar gibt es, wie Fuchs richtig ausführt,[2]) auch eine reale Herrschaft über Sachen, aber nur solange bei dieser Herrschaft nicht die Rechtssphäre irgendeines anderen Rechtssubjekts berührt wird. Es handelt sich dann aber auch nicht um ein Recht des Herrschenden, sondern lediglich um ein faktisches Herrschaftsverhältnis.[3]) „Wenn deshalb", so fährt Fuchs fort,[4]) „die Rechtsordnung dem Eigentümer gestattet, er dürfe seine eigene Sache belasten, veräußern, vernichten, so heißt das nicht, die Sache müsse sich das gefallen lassen, sondern kein Mensch darf ihn daran hindern, ihn dieserhalb zur Verantwortung ziehen, alle anderen haben jene Willensakte des Eigentümers als maßgeblich zu erachten." Wenn trotzdem das subjektive Recht häufig als der „Anteil an den Lebensgütern" definiert wird, „welchen der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet",[5]) oder als „rechtliche Sicherheit des Genusses",[6]) so ist damit streng genommen wohl der Inhalt und Zweck, aber nicht das Wesen des Rechts definiert.[7]) Allerdings wird, wie Heilborn treffend bemerkt,[8]) sich niemand ein Pferd halten, „um von anderen beim Reiten nicht gestört zu werden, sondern um es zu reiten". Aber „trotzdem bildet der Sachgenuß nicht den Inhalt" oder, wie wir lieber sagen möchten, nicht das Wesen „des Rechts; er ist dessen Zweck".[9]) Das Recht ist nie Selbstzweck, sondern lediglich „ein Mittel zur Ermöglichung eines gegenwärtigen oder zukünftigen Genusses".[10]) Deshalb muß, wie Thon ausführt, eine Definition des Rechts das Wesen dieses Mittels zu ergründen suchen, aber nicht den Zweck oder das Ziel, das durch die Anwendung dieses Mittels erstrebt wird.

Auch in den meisten Gesetzbüchern wird bekanntlich zwischen persönlichen und dinglichen Rechten unterschieden; und das dingliche Recht dann kurzweg als rechtliche Herrschaft über die Sache bezeichnet. Dies geschieht jedoch wenigstens in der Regel nicht des-

---

[1]) v. Stengel, Wörterb. S. 177; Heilborn, System des Völkerrechts S. 23 ff.; Stammler, Wirtschaft und Recht S. 251 sowie S. 659 Anm. 137; a. M. Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 47 Anm. 5.

[2]) Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit S. 11.

[3]) Jellinek, System S. 10.

[4]) a. a. O. S. 12; Heilborn a. a. O. S. 23.

[5]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 85.

[6]) v. Jhering, Geist d. röm. R. Bd. 3 § 61 S. 338.

[7]) vgl. Windscheid, Pand. § 37 Anm. 3; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 218 ff.; v. Stengel, Wörterb. Bd. 2 S. 177, sowie Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 190.

[8]) System S. 23.

[9]) Thon a. a. O. S. 320.

[10]) Thon a. a. O. S. 218 ff.

halb, weil die Richtigkeit des hier vertretenen Satzes geleugnet wird,[1]) sondern aus praktischen Gründen, indem sich hier der Sprachgebrauch des Gesetzes der konkreten und natürlichen Anschauung anpaßt,[2]) und aus diesem Gesichtspunkt heraus läßt sich eine derartige Scheidung allerdings rechtfertigen. Für die Beantwortung unserer Frage ist es jedoch wichtig, daran festzuhalten, daß alles Recht nur Beziehung von Rechtssubjekten ist,[3]) und daß infolgedessen jedem subjektiven Recht die Verpflichtung entweder eines bestimmten anderen Rechtssubjektes oder einer unbestimmten Anzahl anderer Rechtssubjekte entsprechen muß, die Befugnis des betreffenden Rechtssubjektes anzuerkennen bezw. die entsprechende positive oder negative Handlung auszuführen oder zu unterlassen.[4]) Mit anderen Worten: Jedem subjektiven Recht muß eine Rechtspflicht entsprechen.[5])

Um Mißverständnissen hinsichtlich des letzten Satzes vorzubeugen, ist es notwendig, daß wir uns schon an dieser Stelle darüber klar werden, was unter einer Rechtspflicht zu verstehen ist. Wir haben zunächst drei Kategorien von Pflichten zu unterscheiden, nämlich

1. Handlungspflichten,
2. Duldungspflichten,
3. Unterlassungspflichten.[6])

Die zuerst genannten Pflichten werden wohl ganz allgemein als Pflichten anerkannt. Wenn jemand rechtlich dazu verpflichtet ist, eine Handlung oder Leistung vorzunehmen, so zweifelt kein Mensch daran, daß es sich hier um eine Pflicht handelt. Etwas anders steht die Sache schon bei den Duldungspflichten. Der Ausdruck dulden bezeichnet in unserem Falle, da wir es hier nur mit Rechtspflichten, d. h. mit einer äußeren Regelung menschlichen Verhaltens, zu tun haben, ein passives Verhalten gegenüber einem von außen kommenden Eingriff in die eigene Rechtssphäre. Häufig werden wir eine derartige Pflicht kaum als Pflicht empfinden, z. B. wenn ich bei Benutzung einer öffentlichen Straße dulden muß, daß auch andere sie benutzen. Es kommt aber einmal bei

---

[1]) vgl. allerdings auch die andere Ansicht der Motive zu dem Entwurfe eines BGB. Bd. 3 S. 2.

[2]) v. Stengel, Wörterb. S. 178.

[3]) Jellinek, System S. 193; Heilborn a. a. O. S. 25.

[4]) v. Stengel, Wörterb. S. 177.

[5]) vgl. v. Dantscher a. a. O. 2. Lief. S. 44/45: „Jedem subjektiven Recht steht notwendig eine rechtlich verpflichtete Persönlichkeit gegenüber".

[6]) vgl. Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs Bd. 1 S. 273; Jellinek, System S. 197; Stammler, Wirtschaft und Recht S. 251; Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 64, sowie StGB. § 240.

unserer Unterscheidung gar nicht darauf an, ob eine Pflicht von dem Betreffenden mehr oder weniger unangenehm oder vielleicht überhaupt nicht als Pflicht empfunden wird, sondern lediglich darauf, daß derartige Pflichten überhaupt existieren. Es gibt aber auch eine ganze Anzahl von Duldungspflichten, die für die Betreffenden höchst lästig sind. So wird z. B. ein Gutsbesitzer, durch dessen bestes Jagdrevier eine öffentliche Straße geht, die er infolgedessen nicht für den Verkehr sperren kann, diese Duldungspflicht viel härter empfinden als manche Handlungspflicht, so beispielsweise die Pflicht, abends mit Laterne zu fahren.

Noch weniger als die Duldungspflichten werden meistens die Unterlassungspflichten als solche empfunden. Während bei den ersten beiden Kategorien ich entweder selbst zu einer Handlung verpflichtet war oder mir einen Eingriff in meine Rechtssphäre gefallen lassen mußte, habe ich bei der dritten Kategorie nur die Pflicht, einen Eingriff in die Rechtssphäre eines anderen zu unterlassen. Die einzelnen Unterlassungspflichten werden in erster Linie durch die dem Strafrecht zugrunde liegenden Verbote geschaffen. Aber auch sonstige Gesetze und Verordnungen, vor allem die verschiedenen Polizeiverordnungen, konstituieren in weitem Umfange derartige Pflichten. Nach der richtigen, von Binding vertretenen Ansicht[1]) steht nämlich hinter jeder strafrechtlichen Bestimmung eine Norm, die entweder positiv besagt, ihr sollt beispielsweise ein Münzverbrechen, einen Hochverrat anzeigen, oder aber negativ, ihr sollt nicht stehlen, rauben, ehebrechen usw. Uns interessiert hier nur der zweite Befehl, ihr sollt nicht, der stets eine Unterlassungspflicht erzeugt, während durch den ersten Befehl Handlungspflichten geschaffen werden. Nun werden allerdings die strafrechtlichen Unterlassungspflichten von den meisten Menschen nicht sonderlich schwer empfunden, trotzdem die Strafstatistik ja zur Genüge beweist, daß dieser Satz keineswegs allgemein gilt. Aber es gibt auch, wie oben erwähnt, noch eine ganze Reihe anderer Unterlassungspflichten, deren Bestehen der einzelne häufig sehr stark zu spüren bekommt. Wenn z. B. ein städtischer Grundeigentümer ein vierstöckiges Haus bauen möchte und ihm der Baukonsens versagt wird, weil in diesem Stadtteil nur Villen gebaut werden dürfen, so wird er diese Unterlassungspflicht vielleicht härter empfinden als manche Handlungs- oder Duldungspflicht.

Aus unseren bisherigen Erörterungen ergibt sich also, daß wir bei Entscheidung der Frage, ob den subjektiven öffentlichen Rechten auch immer eine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht, nicht danach im einzelnen Falle zu scheiden haben, ob es sich um

[1]) Die Normen S. 28ff.

eine Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflicht handelt, daß wir vielmehr die Frage stets werden bejahen müssen, wenn auch nur eine der drei Kategorien von Pflichten vorliegt. Es sei jedoch schon an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß diese verschiedenen Arten der Pflichten nicht etwa immer voneinander getrennt bestehen. Meist liegen zwei von ihnen, häufig auch alle drei Arten gleichzeitig vor. Wenn wir trotzdem unsere späteren Untersuchungen nach der Art der Pflichten einteilen wollen, die dem Rechte des Berechtigten auf seiten des anderen Teils entsprechen, so geschieht dies, weil uns diese Einteilung für die Beantwortung unserer Frage trotz dieser Mängel doch immer noch die praktischste zu sein scheint. Maßgebend für die Unterbringung unter die eine oder andere Kategorie wird aber diejenige Pflicht sein, die dem einzelnen Recht in erster Linie entspricht.

Durch unsere bisherigen Erörterungen ist aber der Ausdruck Rechtspflicht noch keineswegs hinreichend erklärt. Es fragt sich vielmehr weiter, ob zum Begriff Rechtspflicht die Möglichkeit zwangsweiser Durchsetzung erforderlich ist. Nicht alle Pflichten, die durch irgendeine Rechtsnorm an das äußere Verhalten der Menschen gestellt werden, sind nämlich zwangsweise durchsetzbar, noch ziehen sie im Falle ihrer Übertretung zivil- oder strafrechtliche Folgen nach sich. So wird unserer Ansicht nach durch die sogen. leges imperfectae stets eine Rechtspflicht geschaffen. Wollte man nämlich den durch derartige Gesetze konstituierten Pflichten den Charakter von Rechtspflichten absprechen, also beispielsweise die durch das S. C. Macedonianum geschaffene Pflicht, keine Darlehen an Hauskinder zu geben, nicht als Rechtspflicht bezeichnen, so würden durch den Erlaß eines derartigen Gesetzes an eine bloß moralische Pflicht rechtliche Folgen geknüpft werden, da der Darlehnsgeber nach diesem Gesetz sein Darlehen nicht zurückfordern kann.[1]) Es ist aber u. E. gerade das charakteristische Merkmal der lediglich moralischen Pflichten, daß die Rechtsordnung an ihre Erfüllung bezw. Nichterfüllung keine rechtlichen Folgen knüpft. Wegen dieses rechtlichen Einschlags muß man deshalb unserer Ansicht nach auch die durch leges imperfectae begründeten Pflichten als Rechtspflichten bezeichnen. Ähnlich liegt die Sache in folgendem Fall. Nach Art. 43 preuß. VU. ist die Person des Königs unverletzlich. Daraus folgt nach richtiger Ansicht unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung, daß eine Verletzung der Strafgesetze durch den Herrscher für diesen keine strafrechtlichen Folgen haben würde,[2]) während zivilrechtliche Folgen doch auch

---

[1]) v. Czyhlarz, Lehrb. d. Inst. S. 169.

[2]) vgl. Schwarz, Strafrecht, Strafprozeß S. 19 u. 20; Brie, Artikel „Landesherr" in v. Stengels Wörterb. Bd. 2 S. 9.

nur bei den Delikten möglich waren, durch die ein Schadensersatzanspruch begründet wird. Trotzdem wird man aber doch wohl zweifellos annehmen müssen, daß auch für den Herrscher die Rechtspflicht besteht, die Strafgesetze nicht zu verletzen. Es handelt sich hier eben lediglich um einen rein persönlichen Strafausschließungsgrund.[1]) Daß trotzdem auch für den Herrscher eine rechtliche Unterlassungspflicht besteht, die Gesetze nicht zu verletzen, und daß die Verletzung einer derartigen Pflicht ein Delikt sein würde, zeigt sich u. a. auch daran, daß eine Teilnahme oder Mittäterschaft an derartigen Handlungen für die Betreffenden strafrechtliche Folgen haben würde.[2])

Noch weniger leicht erkennbar ist der Charakter der Rechtspflicht bei den sogen. Naturalobligationen, z. B. bei einer nach § 762 BGB. begründeten Spielschuld. Dort heißt es: „Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet". Daraus ergibt sich wohl zweifellos, daß hier keine Rechtspflicht vorliegt, deren Erfüllung erzwingbar wäre. Trotzdem ist das auf diese Weise begründete Rechtsgeschäft nach der Auffassung des Gesetzes kein unsittliches — sonst hätte es den Vertrag für ungültig erklärt —, noch auch ein bloß tatsächliches, denn dann hätte es ihm keine rechtlichen Folgen beilegen können. Das durch Spiel oder Wette begründete Schuldverhältnis wird vielmehr als ein an sich gültiger Vertrag anerkannt,[3]) d. h. es werden durch dasselbe Rechte und Pflichten begründet, allerdings mit der Einschränkung, daß eine Geltendmachung des Rechts nur in beschränktem Maße möglich ist, nämlich nur im Falle der Erfüllung durch den anderen Teil. Der zweite Satz des § 762 bestimmt nämlich: „Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestand". Mit anderen Worten, das Recht des Gewinners, dessen Geltendmachung anfangs unmöglich war, ist durch die Leistung des Schuldners zu einem durch die Rechtsordnung geschützten geworden, während umgekehrt die ursprünglich nicht durchsetzbare Leistungspflicht des Schuldners nunmehr zu einer rechtlich erzwingbaren Unterlassungspflicht geworden ist. Da, wie wir sahen, die Erzwingbarkeit einmal infolge der persönlichen Stellung des Verpflichteten, dann aber auch häufig wegen des engen Zusammenhanges mancher Rechtspflichten mit bloßen sittlichen und Anstandspflichten ausgeschlossen sein kann, so scheint sie uns kein wesentliches Merkmal der Rechtspflicht zu

---

[1]) vgl. Heilborn, System des Völkerrechts S. 209.
[2]) Schwarz a. a. O. S. 20; Heilborn a. a. O. S. 209.
[3]) Planck, BGB. Bd. 2 Titel 17 S. 806.

sein. Es wird deshalb im Sinne unserer Aufgabe das Vorliegen einer Rechtspflicht stets angenommen werden, wenn es sich um eine Pflicht handelt, die durch irgendeine Rechtsnorm ausdrücklich geschaffen oder wenigstens stillschweigend dadurch anerkannt ist, daß an ihre Erfüllung oder Nichterfüllung gewisse rechtliche Folgen geknüpft sind.

Es ist richtig, daß bei der weiten Ausdehnung, die wir hier dem Begriff Rechtspflicht gegeben haben, z. B. auch eine Schenkung, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird,[1]) die Erfüllung einer, wenn auch unvollkommenen, Rechtspflicht bedeutet, da durch die Erfüllung einer derartigen Pflicht rechtliche Folgen begründet werden. Nach § 534 unterliegen nämlich derartige Schenkungen nicht der Rückforderung und dem Widerrufe. Es ist mithin die vorher rechtlich nicht erzwingbare Leistungspflicht nunmehr zu einer rechtlich durchsetzbaren Unterlassungspflicht geworden. Es könnte so scheinen, als ob durch unsere weite Auffassung des Begriffes Rechtspflicht der Unterschied zwischen dieser und den bloßen sittlichen und Anstandspflichten verwischt würde. Dies ist jedoch keineswegs der Fall. An die Mehrzahl der lediglich moralischen Pflichten werden rechtliche Folgen im Sinne unserer obigen Ausführungen nicht geknüpft, und wenn dies, wie wir sahen, in einzelnen Fällen geschieht, so zeigt dies eben lediglich, daß besonders in der modernen Gesetzgebung das Streben besteht, gewissen sittlichen Erwägungen gegenüber einseitigen wirtschaftlichen Strömungen zum Sieg zu verhelfen,[2]) aber nicht, daß ein Unterschied zwischen Rechts- und Anstandspflichten überhaupt nicht besteht.

Bis jetzt haben wir lediglich den Begriff des subjektiven Rechts und der Rechtspflicht definiert. Es bleibt noch die schwierigere Aufgabe, die Grenze zu ziehen zwischen privatem und öffentlichem Recht. In der Schrift: „Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht" zählt Holliger 17 verschiedene Theorien auf, die diese Unterscheidung zu treffen suchen.[3]) Besonders in älterer Zeit ging man häufig bei dieser Untersuchung von der Verschiedenheit der bei einem Rechtsverhältnis äußerlich beteiligten Rechtssubjekte aus und

---

[1]) BGB. § 534.

[2]) v. Mayr, Die Pflicht im Wirtschaftsleben S. 66; vgl. auch Dahn, Die Vernunft im Recht a. a. O. S. 101: „Recht und Moral zwei ebenbürtige Töchter der Vernunft, von denen jede ihr Erbkönigreich beherrscht: die äußere Friedensordnung jenes, die innere dieses der Geschwister".

[3]) S. 11 ff.

identifizierte dann im wesentlichen Privatrecht und Recht der Privaten, sowie anderseits Staatsrecht und Recht des Staates.[1]) Jetzt sucht man diese Scheidung fast allgemein nach dem zugrunde liegenden „Rechtsstoff" zu treffen, häufig allerdings lediglich in der Weise, daß man im Anschluß an die Definition Ulpians (l. 1 § 2 D. de iustitia et iure I, 1: „publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem") den Interessen des einzelnen, die durch das Privatrecht geregelt würden, nicht, wie es richtig wäre, das öffentliche Interesse, sondern das Interesse des Staates gegenüberstellt. Hierbei wird übersehen, daß sich das Interesse des Staates keineswegs immer mit dem öffentlichen Interesse deckt, ja daß es sogar häufig mit diesem direkt in Widerspruch steht.

Um eine wirklich scharfe Scheidung vorzunehmen, ist es deshalb notwendig, sowohl im materiellen als auch im formalen Sinne zu scheiden, wie dies auch bei den meisten neueren Schriftstellern geschieht. Bezüglich des ersten Unterschiedes besteht nun unter den Autoren, die überhaupt diese Scheidung in dem hier angegebenen Sinne vornehmen, wenigstens leidliche Einigkeit. Es ist auch hier davon auszugehen, daß das Recht Beziehungen der einzelnen Rechtssubjekte regelt. Wenn deshalb ein Einzelinteresse vom Recht anerkannt wird, so müssen dadurch notwendig nicht nur die Einzelinteressen der anderen in dem betreffenden Gemeinwesen existierenden Rechtssubjekte, sondern auch das Gesamtinteresse des Gemeinwesens mehr oder weniger berührt werden. Je nachdem nun im einzelnen Falle ein Einzelinteresse mehr des Individuums wegen oder mehr des Gemeininteresses, d. h. des öffentlichen Interesses, wegen anerkannt wird, handelt es sich um Privat- bezw. öffentliches Recht.[2]) Der Inhalt des subjektiven Rechts im materiellen Sinne würde also sein „überwiegend im Gemeininteresse anerkanntes individuelles Interesse".[3])

Es leuchtet ein, daß sich unter diesem Gesichtspunkt eine scharfe Scheidung zwischen Privat- und öffentlichem Recht nicht vornehmen läßt. Der materielle Unterschied kann lediglich zu einer gewissen Orientierung dienen, und es läßt sich vielleicht mit seiner Hilfe auch die gröbste Arbeit erledigen, die feinere Scheidung ist jedoch nur unter Zuhilfenahme auch des formalen Unterschiedes möglich. Es fragt sich zunächst, gibt es überhaupt

---

[1]) vgl. hierüber Wächter, Württemb. PrivR. Bd. 1 S. 4 ff., sowie Neumann, Annalen 1886 S. 408.

[2]) Leuthold, Annalen S. 348; Rehm, Annalen 1885 S. 91; vgl. auch die von Neumann für den Begriff öffentliches Interesse aufgestellten Merkmale Annalen 1886 S. 376 ff.

[3]) Jellinek, System S. 53.

einen formalen Unterschied, der eine solche Scheidung ermöglicht, und worin besteht er? Jellinek glaubt einen solchen Unterschied gefunden zu haben. Er geht bei seiner Untersuchung zunächst aus von dem Gegensatz zwischen Dürfen und Können. Eine Handlung kann verboten sein, dann darf ich sie nicht tun. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß ich auch nicht die physische Möglichkeit hätte, sie zu tun. Ich darf mir eine fremde Sache nach der heutigen Rechtsordnung nicht aneignen, ich habe aber sehr wohl in den meisten Fällen die physische Möglichkeit, sie in meinen Gewahrsam zu bringen. Anders beim rechtlichen Können. Ich mag noch so schöne Schriftstücke aufsetzen, zu Wechseln werden sie doch nur unter den vom objektiven Recht festgesetzten Bedingungen, ebenso wie auch Verfügungen von Todes wegen erst durch die Rechtsordnung zum Testament werden. Während ich ohne rechtliche Ermächtigung, ja sogar im Gegensatz zu ihr, dazu physisch imstande bin, eine Sache fortzunehmen, fehlt mir die Möglichkeit, einen Wechsel auszustellen, ein Testament zu errichten, eine Ehe zu schließen, da es sich hier um die Gültigkeit von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften handelt, die ein ausdrücklich von der Rechtsordnung verliehenes rechtliches Können voraussetzen. Diesen Unterschied zwischen Dürfen und Können überträgt nun Jellinek auf das Verhältnis vom öffentlichen zum Privatrecht. Er sagt: „Gedürft wird dem Nebengeordneten, gekonnt dem Staate gegenüber"[1]) und ein paar Zeilen vorher: „Niemals ist ein Dürfen ohne ein Können möglich".[2]) Es ist in der bisherigen Erörterung der Ausdruck „natürliches Können", „natürliche Freiheit" vermieden und statt dessen der Ausdruck „physische Möglichkeit" im Sinne von psychisch-physischer Handlungsmöglichkeit gebraucht worden, um etwaige Verwechslungen zu vermeiden. Jellineks weitere Ausführungen gipfeln nämlich nun in folgendem: „Wenn die Privatrechtsordnung die wirtschaftlichen Verkehrsverhältnisse regelt, so fügt sie der Möglichkeit freier Bewegung des Individuums gegenüber den anderen keineswegs ein neues Moment hinzu. Die Rechtsverhältnisse konnten als Lebensverhältnisse schon längst vorhanden sein, ehe sie einer rechtlichen Normierung unterworfen wurden".[3]) Das öffentliche Recht dagegen beruht „ausschließlich auf machtverleihenden Rechtssätzen",[4]) d. h. die Möglichkeit freier Bewegung des Individuums wird erweitert.[5])

---

[1]) Jellinek, System S. 49.
[2]) Jellinek, System S. 48.
[3]) Jellinek, System S. 45.
[4]) Jellinek a. a. O. S. 52.
[5]) vgl. gegen die Jellinekſche Theorie auch die Ausführungen von Heilborn, System des Völkerrechts S. 307 ff.

Hier bleibt nur eine Wahl. Entweder wir bekennen uns zur naturrechtlichen Schule und damit zu der Auffassung, daß dem Individuum gewisse Rechte angeboren seien, dann würde der Jellinekſche Satz voll zutreffen, oder aber wir stehen auf dem Standpunkte der heutigen Wissenschaft, daß jedes subjektive Recht eine Rechtsordnung voraussetzt. Nur dadurch, daß die Rechtsordnung gewisse Äußerungen der natürlichen Handlungsfähigkeit des Menschen als berechtigt anerkennt, wird das natürliche Können zu einem rechtlichen, d. h. zu einem Dürfen. Dies gilt aber in ganz gleicher Weise für das Privat- wie für das öffentliche Recht. Es sei hier nur an die zahlreichen Fälle erinnert, in denen gewisse Einrichtungen zunächst als Lebensverhältnisse bestanden, bis sie dann schließlich von der Rechtsordnung teils ausdrücklich, teils gewohnheitsrechtlich anerkannt und so zu subjektiven öffentlichen Rechten wurden. Das wichtigste Beispiel einer derartigen Entwicklung bietet vielleicht die immer größer werdende Selbständigkeit der deutschen Fürsten gegenüber dem alten Deutschen Reiche. Gerade die wichtigsten Rechte, wie die Erblichkeit der Lehen und die Landeshoheit, entstanden im wesentlichen auf gewohnheitsrechtlichem Wege, während zahlreiche andere Zustände, die vorher auch schon als „Lebensverhältnisse" bestanden hatten, durch einzelne Gesetze ausdrücklich als subjektive öffentliche Rechte anerkannt wurden. Es seien hier nur die durch die Constitutio in favorem principum von 1232, durch die Goldene Bulle von 1356 und durch den Westfälischen Frieden von 1648 anerkannten Rechte angeführt. Das gleiche gilt von dem durch § 74 der Kreisordnung v. 17. 12. 1872 anerkannten Recht des Kreistages, geeignete Personen für die Besetzung des Landratsamtes in Vorschlag zu bringen. Auch hier handelte es sich zunächst um ein Lebensverhältnis, indem in Preußen nach dem 30jährigen Kriege die von der Ritterschaft gewählten Vorstände der einzelnen Ritterschaftsverbände von der Regierung mit der Wahrnehmung der öffentlichen Ordnung auf dem Lande betraut wurden. Aus diesem bloßen „Lebensverhältnisse" entwickelte sich nach und nach ein Recht der Kreisstände auf Präsentation des Landrats, das dann zuletzt in der durch § 74 der Kreisordnung festgesetzten Form als subjektives öffentliches Recht ausdrücklich anerkannt wurde.

Wir kommen somit zu folgendem Ergebnis: Jedes subjektive Privat- oder öffentliche Recht setzt eine Rechtsnorm voraus. Diese Rechtsnorm kann entweder ein schon vorher bestehendes Lebensverhältnis anerkennen und es damit zu einem rechtlichen machen, oder aber sie kann die natürliche Handlungsfähigkeit des Individuums erweitern, indem sie einigen seiner Handlungen

Folgen beilegt, die weit über die Handlung selbst hinausgehen. Auf privatrechtlichem Gebiet sei hier nur an den Wechsel, die Ehe, das Testament erinnert, die sämtlich die natürliche Handlungsfähigkeit des Individuums erweitern, und zwar nicht nur gegenüber dem Staate, sondern auch den Nebengeordneten gegenüber, indem beispielsweise durch das Testament der einzelne die rechtliche Möglichkeit erhält, auch noch nach seinem Tode den Willen seiner Mitmenschen zu binden. Umgekehrt gibt es auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts Fälle, wo ich die physische Möglichkeit habe, eine Handlung vorzunehmen. Zu einem rechtlichen Können bezw. Dürfen wird dieses physische Können jedoch erst infolge der Anerkennung durch das Recht. So hat der Mensch die Möglichkeit, eine öffentliche Straße zu benutzen auch ohne Anerkennung durch das Recht kraft seiner natürlichen Handlungsfähigkeit. Aber erst durch die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung seitens der Rechtsordnung wird dieses Lebensverhältnis zu einem rechtlichen, ohne sich jedoch in seinem Umfange zu ändern. Anders beim Wahlrecht. Auch hier hat der Mensch die physische Möglichkeit, in eine Urne einen mit einem Namen beschriebenen Zettel hineinzuwerfen. Zum Wahlrecht wird dieser Vorgang jedoch erst dadurch, daß der Staat dieser Handlung des Individuums bestimmte rechtliche Folgen beilegt, indem er sich beispielsweise verpflichtet, dem auf diese Weise Gewählten eine Mitwirkung an der Gesetzgebung zu gestatten.

Der Jellinekſche formale Unterschied zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht würde mithin höchstens für die sogen. politischen Rechte zutreffen,[1]) dagegen nicht für die Mehrzahl derjenigen subjektiven öffentlichen Rechte, die nach Jellinek den negativen und positiven Status des Individuums ausmachen und die wir gemäß unserer Definition des subjektiven Rechtes auch als subjektive öffentliche Rechte auffassen müssen.[2])

Ein anderer formaler Unterschied zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht wird von Leuthold aufgestellt[3]) und ihm schließt sich Holliger in seiner oben erwähnten Schrift nach Ablehnung der anderen Theorien im wesentlichen an.[4]) Danach muß man sich zwei Fragen vorlegen, wenn man entscheiden will, ob ein Rechtsverhältnis ein öffentlichrechtliches oder ein privatrechtliches ist, nämlich:

---

[1]) G. Meyer S. 34 Anm. 6.
[2]) v. Stengel, Wörterb. S. 178/79; G. Meyer S. 34.
[3]) Leuthold, Annalen 1884 S. 355 ff., besonders S. 361.
[4]) Holliger a. a. O. S. 85 ff.

1. Steht ein öffentlicher Verband als berechtigt oder verpflichtet in dem Rechtsverhältnis?[1])

2. Ist das Rechtsverhältnis, in dem der öffentliche Verband steht, nicht etwa inhaltlich so beschaffen, daß es an sich nach dem positiven Rechte des betreffenden Rechtsgebietes auch zwischen Privatpersonen bestehen könnte?[2])

Nur dann, wenn die erste Frage zu bejahen, die zweite aber zu verneinen ist, handelt es sich um ein öffentlichrechtliches Verhältes.

> Öffentliches Recht liegt demnach in allen den Rechtsverhältnissen vor, in denen notwendigerweise ein öffentlicher Verband als Rechtssubjekt steht.[3])

Der Ausdruck „notwendigerweise" rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß es Rechtsverhältnisse geben kann, in denen in der Praxis stets ein öffentlicher Verband als Rechtssubjekt steht, z. B. bei Verträgen über die Lieferung von Kriegsschiffen, ohne daß es sich dabei stets um ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis zu handeln braucht. Nach der jetzigen Rechtsordnung können, z. B. in den meisten Staaten auch Private sich ein Kriegsschiff bauen lassen; daß dies nicht geschieht, macht Verträge über Lieferung von Kriegsschiffen noch nicht zu öffentlichrechtlichen. Hierzu würden derartige Verträge erst werden, wenn nach der jeweiligen Rechtsordnung nur mit einem öffentlichen Verbande solche Verträge abgeschlossen werden könnten, so daß im Sinne unserer Definition also „notwendigerweise" ein öffentlicher Verband als Rechtssubjekt in ihnen stehen müßte.

Im Gegensatz zu diesen öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen liegen privatrechtliche Rechtsverhältnisse stets dann vor, wenn diese Notwendigkeit nicht besteht. Ein derartiges Geschäft wird auch nicht dadurch zu einem öffentlichrechtlichen, daß im einzelnen Falle beide Kontrahenten öffentliche Verbände sind. Es bleibt vielmehr auch in diesem Falle stets ein privatrechtliches. Dagegen umfaßt die obige Definition des öffentlichen Rechtsverhältnisses allerdings die Rechtsverhältnisse, in denen ein öffentlicher Verband als Inhaber eines ihm ausschließlich vorbehaltenen Monopols steht.[4]) Es ist dies u. E. aber kein Fehler jener Definition. Es scheint vielmehr dem Charakter derartiger Monopole zu entsprechen. Äußerlich zeigt sich dies schon daran, daß

---

[1]) Holliger a. a. O. S. 86.

[2]) Leuthold a. a. O. S. 361; Holliger a. a. O. S. 86; v. Dantscher a. a. O. 1. Lief. S. 60.

[3]) vgl. die Definition von Holliger S. 88.

[4]) Holliger S. 86.

der Betrieb derartiger Monopole in unseren modernen Staaten bis ins Kleinste durch unsere Parlamente geregelt wird.[1])

Unsere formale Definition des öffentlichen Rechts setzt nun aber den Begriff eines öffentliches Verbandes als bekannt voraus. Dieser Begriff ist jedoch keineswegs ganz unbestritten. Am besten wird man einen öffentlichen Verband wohl als

> „eine mit Rechtspersönlichkeit bekleidete Personengesamtheit bezeichnen, bei der die Mitgliedschaft nicht vom Willen des einzelnen abhängig ist".[2])

Dieser Definition dürfte vor der Leutholdschen, wonach zum Begriffe eines Gemeinwesens außer der Rechtspersönlichkeit auch die Zugehörigkeit aller Bewohner eines bestimmten Raumgebietes notwendig ist, der Vorzug zu geben sein, da dann z. B. die staatlich anerkannten Kirchengemeinden nicht Subjekt öffentlichen Rechtes sein könnten, weil sie nur die Angehörigen desselben Bekenntnisses umfassen.[3]) Besonders häufig wird nun aber eine territoriale Grundlage für den wichtigsten öffentlichen Verband, den Staat verlangt. So bezeichnet Jellinek den Staat als „eine Personeneinheit auf territorialer Grundlage".[4]) Wenn nun auch zuzugeben ist, daß diese Definition für die heutigen modernen Staaten paßt, so trifft sie doch keineswegs, wie Dahn treffend ausführt,[5]) allgemein zu. Es sei nur an die dort erwähnten Staaten der Westgoten auf der Flucht vor den Hunnen, der Ostgoten auf ihrer Wanderung von der Donau nach Italien, der Vandalen während ihres dreijährigen Umherziehens in Gallien usw. erinnert, die wir doch wohl zweifellos als Staaten bezeichnen müssen, denen jedoch der Eigenbesitz eines Territoriums abging. Richtigerweise wird man deshalb den Staat nur als

> „ein aus Menschen zusammengesetztes, über Menschen herrschendes Gemeinwesen"[6])

definieren.

Von den anderen öffentlichen Verbänden unterscheidet sich der Staat nicht dadurch, daß er die einzige Quelle des Rechts

---

[1]) vgl. auch Lexis, Artikel „Monopol" im Handwörterb. d. Staatsw. Bd. 5 S. 850 ff.

[2]) Eltzbacher S. 91; Leuthold, Annalen 1884 S. 360; Holliger a. a. O. S. 152 Anm. 228; G. Meyer, Staatsrecht § 1 S. 3.

[3]) Holliger a. a. O. S. 162 Anm. 320.

[4]) Jellinek, System S. 21; Schulze, Lehrb. d. deutschen Staatsrechts Bd. 1 S. 16; Laband, Staatsrecht Bd. 1 § 21 S. 172.

[5]) Dahn, Vernunft im Recht S. 179/80.

[6]) Brie in Grünhuts Zeitschr. Bd. 11 S. 143.

ist.[1]) Nach der von uns für richtig gehaltenen Auffassung[2]) hat es vielmehr auch schon vor dem Staate in der Familie, der Sippe, Horde und Gemeinde Recht gegeben, und auch innerhalb eines Staates bildet sich in der Form des Gewohnheitsrechts häufig Recht, das nicht vom Staate ausgeht.[3]) Der Vorrang des Staates vor den anderen öffentlichen Verbänden beruht vielmehr auf seiner prinzipiell allseitigen Zuständigkeit[4]) sowie ferner auf dem Umstand, daß sich unter seinem Schutze und durch ihn das Recht zu ganz besonderer Vollkommenheit entwickelt hat. Es ist bis jetzt in der Geschichte keine Organisation bekannt geworden, die imstande wäre, das Recht zu ähnlicher Vollkommenheit auszubilden wie der Staat. Da nun aber, wie wir sahen, das Recht die vernunft-notwendige Bedingung für ein geordnetes und friedliches Zusammenleben der Menschen ist, dem wir die Berechtigung zur Anwendung von Zwang deshalb zuerkannten, weil es die einzige Regelung des äußeren menschlichen Verhaltens ist, die imstande ist, alles menschliche Zusammenleben zu umfassen, so ergibt sich — vorausgesetzt allerdings, daß wir die immer bessere und vollkommenere Entwicklung menschlichen Zusammenlebens als das Ziel menschlicher Kulturentwicklung betrachten[5]) —, daß wir auch dem Staate, soweit er als Fortbildner des Rechts, d. h. als gesetzgebende Gewalt auftritt, prinzipiell unumschränkte Gewalt zuerkennen müssen. Gegenüber dem Staate als gesetzgebender Gewalt kann es deshalb auch kein subjektives Recht geben. Niemand, auch nicht einmal einer von den anderen öffentlichen Verbänden, hat ein subjektives Recht auf den Erlaß eines bestimmten Gesetzes[6]) bezw. auf den Abschluß eines den Erlaß eines bestimmten Gesetzes bedingenden Vertrages,[7]) noch kann er verlangen, daß

---

[1]) v. Jhering, Zweck im Recht Bd. 1 S. 318.

[2]) Dahn a. a. O. S. 62; Jellinek, System S. 89/90, sowie *** Grundsätze der Realpolitik a. a. O. S. 100: „Das Bedürfnis des Rechtsschutzes besteht unabhängig von allen staatlichen Einrichtungen".

[3]) vgl. Dahn, Vernunft im Recht S. 62.

[4]) Brie bei Grünhut Bd. 11 S. 154, 143.

[5]) vgl. Chamberlain, Grundlagen Bd. 1 S. 313: „Man lernt eben bei dieser Betrachtung einsehen, daß . . . das menschliche Individuum . . . nur als Teil eines organischen Ganzen, eines besonderen Geschlechts, seine höchste Bestimmung erfüllen kann".

[6]) Jellinek, System S. 97.

[7]) Soweit war der Jellinek'sche Satz zu erweitern, da es allerdings vorkommen kann, daß andere Staaten kraft eines Staatsvertrages oder eine Kirche kraft eines Konkordates ein subjektives Recht auf den Erlaß eines bestimmten Gesetzes haben. Hier handelt es sich aber nicht um ein subjektives öffentliches Recht gegenüber dem Staat als gesetzgebender Gewalt, sondern lediglich um ein erst durch ein anderes Gesetz begründetes Recht auf den Erlaß eines bestimmten Gesetzes. Kein Staat und keine Kirche ist berechtigt, von einem anderen Staate den Abschluß eines Staatsvertrages oder Konkordates zu verlangen. Aber es steht aller-

der gesetzgeberische Wille des Staates vor seiner Rechtssphäre Halt mache.[1]) So ist es gekommen, daß in unseren modernen Staaten die anderen öffentlichen Verbände ihre Herrschaft nur ausüben entweder kraft staatlicher Anerkennung oder aber als Delegatare des Staates. Diese ungeheure Macht verdanken unsere modernen Staaten dem absoluten Königtum, dem es fast überall in der heutigen europäischen Staatenwelt gelang, „das selbständig gewordene Herrschaftsrecht der dem Staate eingegliederten Verbände und Individuen zu beseitigen". Mit dieser „großen unumstößlichen, durch keinerlei juristische Entdeckung aus der Welt zu schaffenden historischen Tatsache" muß daher, wie Jellinek treffend ausführt,[2]) alle staatsrechtliche Erkenntnis rechnen.

Von willkürlichen Akten der Staatsgewalt aber unterscheidet sich der Staat als Gesetzgeber dadurch, daß er auch als gesetzgebende Gewalt so lange an die von ihm erlassenen Gesetze bezw. die Verfassung gebunden ist, bis er sie aufgehoben hat. Dieser Grundsatz gilt in gleicher Weise für die absolute Monarchie[3]) wie für unsere modernen konstitutionellen Staaten, nur daß in den letzteren allerdings eine Gesetzes- oder gar Verfassungsänderung wegen der zahlreichen hierbei zu beobachtenden Formen und wegen der großen Zahl der dabei Mitwirkenden viel mehr erschwert ist als in einer absoluten Monarchie. Es erscheint uns jedoch mit Dahn[4]) als eine cogitatio quae cogitari non potest, daß es jemals längere Zeit hindurch einen Staat, d. h. ein über Menschen herrschendes Gemeinwesen gegeben habe, in dem der Herrscher vollständig willkürlich handeln konnte und in dem es nicht doch irgendeine Rechtsnorm[5]) gegeben hätte, die auch für ihn bindend war. Wohl können wir uns vorstellen, daß ein reicher Römer über Hunderte von Sklaven vollständig nach Willkür herrschte. Ihm stand ja, wie wir es aus den zahlreichen Sklavenkriegen ersehen können, die Zwangsgewalt des römischen Staates zur Seite. Der Despot aber hat eine solche Zwangsgewalt nur,

---

dings im freien Belieben des Staates als gesetzgebender Gewalt, sich durch einen derartigen Vertrag die Verpflichtung zum Erlaß eines solchen Gesetzes aufzuerlegen und so für den anderen Teil ein subjektives Recht auf den Erlaß dieses bestimmten Gesetzes zu begründen.

[1]) v. Stengel, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 192.

[2]) System S. 287.

[3]) vgl. Schücking, Der Staat und die Agnaten S. 12: „Das Staatshaupt ist mit den Staatsgenossen durch eine Rechtsordnung, die des allen übergeordneten Staates, verbunden".

[4]) Vernunft im Recht S. 98/99.

[5]) Auch religiöse Vorschriften, soweit sie eine äußere Regelung menschlichen Verhaltens enthalten, fallen unter den Begriff „Rechtsnorm" in dem hier gebrauchten weiten Sinne.

wenn seine Untertanen seine Herrschaft als vernunftnotwendig empfinden, etwa weil die Götter oder das Schicksal es so gewollt. Sie werden sich deshalb geduldig von ihm schlagen und töten lassen und sich ihm gegen etwaige Aufsässige bereitwillig zur Verfügung stellen. Wollte sich der Despot jedoch auch über die *ἄγραφοι νόμοι* in willkürlicher Weise hinwegsetzen, indem er beispielsweise seine Herrschaft anstatt von den Göttern aus der eigenen Klugheit herleiten wollte, so würde er nur zu bald erfahren, daß ihm kein Arm mehr zur Verfügung stehen würde, um seine Gebote durchzusetzen. Die Macht des Herrschers, die bis dahin von der Mehrzahl der Rechtsgenossen als vernunftnotwendig empfunden wurde, erscheint den Untertanen jetzt als bloße Willkür. Handelt es sich in dem betreffenden Falle bloß um die willkürliche Verletzung einer einzelnen Vorschrift, so werden sie dies vielleicht ertragen, dagegen nie, sobald ihr Glaube an die Vernunftnotwendigkeit der ganzen Rechtsordnung überhaupt untergraben wird. Wir nehmen deshalb mit Dahn[1]) auch in den despotischen Staaten der Ägypter, Assyrer und Perser einen „Rechtszustand" an. Während wir also gegenüber dem Staate als gesetzgebender Gewalt das Bestehen subjektiver öffentlicher Rechte leugneten, müssen wir solche unbedingt gegenüber dem Staate als dem Anwender und Schützer des Rechts, d. h. in seiner verwaltenden und richterlichen Tätigkeit anerkennen. Da, wie wir sahen, alles Recht Beziehung von Rechtssubjekten ist, so ist uns mit Jellinek ein isoliert gedachter Rechtsträger eine unvollziehbare Vorstellung.[2]) Nur dadurch, daß der Staat auch andere Personen als Rechtssubjekte anerkennt und sich ihnen gegenüber zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, wird das Gewaltverhältnis, das sich bis dahin in nichts von der realen Herrschaft über Sachen unterschied, zu einem rechtlichen.[3]) Es geht aber auch nicht an, das Bestehen subjektiver öffentlicher Rechte gegenüber dem Staate etwa aus dem Grunde zu leugnen, weil der Staat es ja in seiner Gewalt hat, die von ihm gewährten Rechte und abgeschlossenen Verträge jederzeit durch gesetzliche Vorschriften wieder zu beseitigen bezw. aufzuheben,[4]) während man Privatrechtsverhältnisse anerkennt. Genau dieselbe Befugnis, die hier dem Staate gegenüber den öffentlichen Rechten zuerkannt wird, steht ihm zweifellos auch gegenüber den Privatrechten zu, da er es vollständig in seiner Hand hat, jedes Privatrecht durch einen Akt

---

[1]) Vernunft im Recht S. 99; vgl. auch Jellinek, System S. 84/85.
[2]) Jellinek, System S. 10.
[3]) Jellinek, Staatenverb. S. 34, System S. 86 u. 195.
[4]) Bornhak, Preuß. Staatsrecht Bd. 1 S. 268 ff.

der Gesetzgebung wieder aufzuheben.[1]) Nach unserer Definition des Rechts unterscheidet sich ja aber die rechtliche Regelung von der willkürlichen nicht dadurch, daß sie für alle Zeiten unabänderlich und unantastbar ist, sondern nur dadurch, daß sie für beide Teile bindend ist, solange sie besteht. Es gibt daher auch gegenüber dem Staate subjektive öffentliche Rechte der einzelnen.

Öffentliche Verbände im Sinne unserer Definition sind deshalb außer den Staaten z. B. auch die preußischen Kommunalverbände, die schwyzerischen und graubündnerischen Bezirke sowie gewisse kirchliche Verbände. Bei der letzten Kategorie ist jedoch noch eine Scheidung vorzunehmen. Die meisten mit Rechtspersönlichkeit bekleideten kirchlichen Verbände, bei denen die Mitgliedschaft nicht vom Willen des einzelnen abhängig ist, bilden heute ebenso wie die übrigen öffentlichen Verbände einen Teil des staatlichen Organismus. Sie erlassen Rechtsnormen entweder kraft vom Staate delegierter Gesetzgebungsgewalt oder kraft des vom Staate anerkannten Rechtes der Autonomie.[2]) Anders die zweite Kategorie, als deren Repräsentanten die katholische Kirche erscheint.[3]) Sie setzt Recht kraft eigener Machtvollkommenheit. Sie beansprucht für sich eine prinzipiell allseitige Zuständigkeit, und nicht als gleichberechtigt stehen sich nach ihrer Auffassung Papst und Kaiser gegenüber, etwa in der von Dante vertretenen Weise, daß der Papst das Menschengeschlecht zum ewigen Leben, der Kaiser zur irdischen Glückseligkeit führen solle,[4]) sondern als Herr und Diener. Ihren deutlichsten Ausdruck hat diese Auffassung in der Bulle „Unam sanctam" von Bonifaz VIII. gefunden.[5]) Danach gibt es nur eine Kirche mit nur einem Haupt, nicht mit zweien, gleich einem Monstrum. Deshalb sind auch beide Schwerter in der Gewalt der Kirche, das geistliche und das weltliche, „dieses muß für die Kirche, jenes von der Kirche gehandhabt

---

[1]) v. Stengel, Vertrag S. 702.

[2]) Holliger a. a. O. S. 30.

[3]) vgl. hierüber R. v. Scherer, Kirchenrecht Bd. 1 § 14. Neuere Theorien, besonders Theorie Nr. 6 S. 48. Ferner Weber, Staat und Kirche nach der Zeichnung und Absicht des Ultramontanismus, besonders § 2 S. 20; Chamberlain, Grundlagen a. a. O. Bd. 2 S. 654 ff.; Hinschius a. a. O. § 12 S. 213 ff.

[4]) Dante, De Monarchia a. a. O. Buch 3 Kap. 15 S. 307: „Propter quod opus fuit homini duplici directivo, secundum duplicem finem: scilicet Summo Pontifice, qui secundum revelata humanum genus perduceret ad vitam aeternam, et Imperatore, qui secundum philosophica documenta genus humanum ad temporalem felicitatem dirigeret" (vgl. auch Chamberlain a. a. O. Bd. 2 S. 655).

[5]) vgl. v. Hefele, Konziliengeschichte Bd. 6, besorgt von Knöpfler § 690 S. 346 ff.

werden".[1] Die weltliche Gewalt darf ihre Macht nur so lange und insoweit ausüben, wie die Kirche dies duldet.[2]

Die katholische Kirche nimmt hier also genau dieselbe Stellung dem Staate gegenüber für sich in Anspruch, wie dieser gegenüber den ihm untergeordneten öffentlichen Verbänden, nämlich eine prinzipiell allseitige Zuständigkeit. Daß dieser Anspruch der römisch-katholischen Kirche keineswegs eine bloße Phantasie ist, beweist die Geschichte. Und wenn der Staat auch naturgemäß derartige Ansprüche der Kirche nie anerkennen kann, da er im selben Augenblick aufhören würde, Staat zu sein,[3] so ist es doch eine Tatsache, daß die Rechtsnormen, die die Kirche aufstellt, von Millionen von Menschen anerkannt und befolgt werden, während dem Ungehorsam gegenüber Zwangsmittel angewandt werden. Da also die katholische Kirche tatsächlich ein aus Menschen zusammengesetztes, über Menschen herrschendes Gemeinwesen ist, bei dem die Zugehörigkeit nicht vom Willen des einzelnen abhängt — gehören ihr doch nach ihrer Lehre sogar alle Christen an —, da sie ferner für sich prinzipiell allseitige Zuständigkeit beansprucht und diese Ansprüche auch bis zu einem gewissen Grade durchsetzt, so halten wir es für richtiger, die katholische Kirche als ein zum mindesten staatenähnliches Gebilde[4] den Staaten gleichzusetzen, anstatt sie mit den anderen öffentlichen Verbänden dem Staate unterzuordnen.[5] Bei Beantwortung unserer Frage wird deshalb dem Kirchenrecht keine besondere Stelle zugewiesen werden, sondern die verschiedenen subjektiven öffentlichen Rechte der einzelnen Angehörigen der römischen Kirche gegenüber ihrer Kirche und gegenüber dem Staate werden zusammen mit denen der anderen Staatsangehörigen behandelt werden.

Jeder öffentliche Verband bedarf nun aber, um seinen Willen kundgeben zu können, menschlicher Organe. Diese menschlichen Organe können in einem zwiefachen Verhältnis zu ihm stehen. Sie können einmal kraft Gesetzes oder kraft eines speziellen auf

---

[1]) Hefele a. a. O. S. 348.

[2]) „Ad nutum et patientam sacerdotis" (vgl. Hefele a. a. O. S. 348).

[3]) Hierauf beruht es wohl auch in erster Linie, daß die katholische Kirche völkerrechtlich nicht als Staat anerkannt und deshalb auch nicht völkerrechtliches Rechtssubjekt ist, da diese Eigenschaft nur dem Gemeinwesen zuerkannt wird, das die Anerkennung der anderen völkerrechtlichen Personen gefunden hat (vgl. Heilborn a. a. O. S. 197).

[4]) v. Treitschke, Politik Bd. 2 S. 38.

[5]) Wohl gibt es einen Unterschied zwischen der römisch-katholischen Kirche und dem Staat. Er liegt im Zweck. Es ist dies jedoch kein äußerer Unterschied zwischen beiden Institutionen, sondern nur ein innerlicher, der mithin für uns nicht in Betracht kommt, da wir es mit einer äußeren Regelung menschlichen Verhaltens zu tun haben (vgl. oben S. 5).

den mannigfaltigsten Rechtsgründen beruhenden Dienstverhältnisses dauernd zur Vertretung des öffentlichen Verbandes berufen sein. Der öffentliche Verband kann aber auch, wie er es häufig tut, darauf verzichten, seine Geschäfte immer durch eigene Organe ausführen zu lassen, und statt dessen Privatpersonen, die in keinem Dienstverhältnis zu ihm stehen, im einzelnen Fall die Berechtigung oder Verpflichtung erteilen, öffentliche Funktionen auszuüben.[1]) Infolgedessen liegt auch in allen den Fällen, in denen es sich um Rechtsverhältnisse handelt, bei denen Privatpersonen Funktionen ausüben, als deren prinzipieller Träger notwendigerweise ein öffentlicher Verband anzusehen ist, ein öffentlichrechtliches Verhältnis vor, aus dem dann für den einzelnen subjektive öffentliche Rechte und Pflichten entspringen.[2]) Deshalb handelt auch der Unternehmer, dem das Recht zuerkannt ist, eine Enteignung vorzunehmen, nach richtiger Ansicht nicht als Privater,[3]) sondern als Delegatar des Staates bezw. eines sonstigen öffentlichen Verbandes. Denn nur ein solcher ist imstande, wohlerworbene Privatrechte aufzuheben, ebenso wie er allein darüber zu entscheiden hat, ob ein öffentliches Interesse vorliegt oder nicht.

Die Erörterung der für die Beantwortung unserer Frage in Betracht kommenden allgemeinen Begriffe ist hiermit beendet. Fassen wir deshalb das Ergebnis noch einmal kurz zusammen. Wir sahen, daß das Recht die äußeren Beziehungen der Menschen regelt, und wir erkannten, daß das Wesen des einzelnen subjektiven Rechtes darin besteht, von einem bestimmten anderen Rechtssubjekte oder von einer unbestimmten Anzahl anderer Rechtssubjekte ein Handeln, Dulden oder Unterlassen verlangen zu können. Zu einem subjektiven öffentlichen Rechte aber wurde diese Berechtigung dadurch, daß sie aus einem öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis entsprang, worunter wir im Gegensatz zu den privatrechtlichen Rechtsverhältnissen alle die Rechtsverhältnisse verstanden, in denen notwendigerweise ein öffentlicher Verband als Rechtssubjekt stand.[4]) Hinsichtlich des Ausdruckes Rechtspflicht aber kamen wir zu dem Ergebnis, daß unter Zugrundelegung der weiten Ausdehnung, die wir diesem Begriffe im Sinne unserer Frage glaubten geben zu müssen, der Satz gilt: Jedem subjektiven Recht muß eine Rechtspflicht entsprechen.

---

[1]) Jellinek, System S. 245 ff.

[2]) Holliger a. a. O. S. 84.

[3]) Holliger a. a. O. S. 87 sowie 111/12; Jellinek, System S. 64; vgl. auch Layer, Prinzipien des Enteignungsrechtes S. 330 sowie die schiefe Konstruktion bei Leuthold, Annalen 1884 S. 365/66, 368 Nr. 2, 405, 415.

[4]) vgl. oben S. 21.

Die Aufgabe der folgenden Untersuchung wird es nun sein, eine Antwort auf die Frage zu finden:

„Entspricht den subjektiven öffentlichen Rechten auch immer eine Rechtspflicht des Berechtigten?“

Subjektive öffentliche Rechte konnten, wie wir sahen, nur einem Rechtsverhältnisse entspringen, in dem notwendigerweise ein öffentlicher Verband als Rechtssubjekt stand. Daraus ergibt sich, daß Träger subjektiver öffentlicher Rechte und Pflichten nicht nur die einzelnen Individuen, sondern ebenso auch die öffentlichen Verbände, also auch die einzelnen Staaten sein können. Wir müssen deshalb bei unserer Untersuchung nicht nur von den einzelnen ausgehen und prüfen, ob bei ihnen jedem subjektiven Recht auch immer eine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht, sondern in gleicher Weise auch von den öffentlichen Verbänden. Für die Beantwortung unserer Frage ergibt sich demnach folgende Einteilung: Wir haben zunächst die subjektiven öffentlichen Rechte der einzelnen, natürlich einschließlich der juristischen Personen, soweit diese nicht öffentliche Verbände sind, festzustellen und zu untersuchen, ob ihnen auch immer eine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht. Im zweiten Teile ist dann dieselbe Untersuchung hinsichtlich der öffentlichen Verbände vorzunehmen, und zwar nicht nur in ihrem Verhältnis zu den einzelnen Individuen, sondern auch in ihrem Verhältnis zueinander. Die Untersuchung darf hier nicht bei einem einzelnen Staat stehen bleiben, denn auch im Völkerrecht gibt es, wie wir später sehen werden, Rechtsverhältnisse, in denen notwendigerweise ein öffentlicher Verband als Rechtssubjekt steht. Es kommen mithin auch hier subjektive öffentliche Rechte und Pflichten vor.

Die subjektiven öffentlichen Rechte des einzelnen lassen sich im Hinblick auf das Verhalten, das der einzelne von dem öffentlichen Verband beanspruchen kann, in drei Gruppen teilen. Der einzelne hat einmal das Recht, von dem öffentlichen Verband zu verlangen, daß er gewisse Eingriffe in die dem Individuum überlassene Rechtssphäre unterläßt. Er ist ferner berechtigt, gewisse positive Handlungen des öffentlichen Verbandes zu fordern. Schließlich hat er sogar die Befugnis, in die Rechtssphäre des öffentlichen Verbandes einzugreifen, ein Recht, dem auf seiten des öffentlichen Verbandes eine Duldungspflicht entspricht. Um die folgenden Erörterungen anschaulicher zu gestalten, wollen wir uns die öffentlichen Rechte des einzelnen in Flächenform dargestellt denken. Entsprechend unserer Einteilung müssen wir dann drei voneinander getrennte Flächen unterscheiden, die wir mit den Quadraten A, B und C bezeichnen wollen. Es entspricht dann auf der Seite des öffentlichen Verbandes den Rechten der Fläche

A eine Unterlassungs-, den Rechten der Fläche B eine Handlungs- und den Rechten der Fläche C eine Duldungspflicht.

Wenn wir uns nun zuerst der Untersuchung derjenigen Rechte zuwenden, die wir in unserer ersten Gruppe zusammengefaßt haben, d. h. also den Rechten des Individuums, denen eine staatliche Unterlassungspflicht entspricht, so ergibt sich, daß sie sich im Grunde genommen alle auf ein Recht zurückführen lassen. Sie bestehen nämlich in dem von den einzelnen Rechtsordnungen in mehr oder minder großem Umfange anerkannten Grundsatz der persönlichen Freiheit.[1] Sie äußern sich in dem Anspruch auf Freiheit von bestimmten Einwirkungen des öffentlichen Verbandes innerhalb einer bestimmt abgegrenzten individuellen Rechtssphäre.[2] Das charakteristische Merkmal dieser Gruppe von Rechten aber besteht darin, daß der Staat dem Individuum eine Rechtssphäre überläßt, in die er sich verpflichtet nicht einzugreifen. Es ist hier nicht der Ort, die Frage zu untersuchen, warum der Staat dies tut. Es ist aber eine geschichtliche Tatsache, daß es wenigstens längere Zeit hindurch kein größeres Gemeinwesen gegeben hat, in dem nicht wenigstens bis zu einem gewissen Grade die persönliche Freiheit des Individuums durch die Rechtsordnung anerkannt war. Natürlich waren die Voraussetzungen, unter denen der Staat in die dem Individuum überlassene mehr oder weniger große Rechtssphäre eingreifen konnte, gleichfalls sehr verschieden. Während der Despot, wie wir sahen, nur durch die ungeschriebenen Gesetze gebunden war, bestehen in unseren modernen Staaten die genauesten Vorschriften darüber, unter welchen Umständen der Staat in diese sogen. staatsfreie Sphäre des Individuums eingreifen darf. Verletzt der Staat diese Bestimmungen, so hat das Individuum in der Regel die Möglichkeit, im Wege der Klage vom Staate die Unterlassung bezw. Aufhebung eines derartigen Eingriffes zu verlangen. Diese staatsfreie Rechtssphäre des Individuums war jedoch nicht nur im Laufe der Geschichte sehr verschieden, auch in den einzelnen Staaten bestehen stets gleichzeitig die größten Unterschiede. Es empfiehlt sich deshalb im Hinblick hierauf, noch eine weitere Scheidung vorzunehmen. So gibt es eine Anzahl von Rechten, die prinzipiell allen Angehörigen eines öffentlichen Verbandes zustehen. Wir wollen diese Rechte in einer ersten Kategorie zusammenfassen, die wir uns durch die Fläche a dargestellt denken, die einen Teil unseres

---

[1] Jellinek, System S. 113 ff.; v. Stengel, Wörterb. S. 179 sowie Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 197 ff.

[2] G. Meyer, Staatsrecht S. 800; Loening, Lehrb. d. deutschen VerwR. S. 12.

Quadrates A bildet. Die zweite (b) würde dann die Rechte umfassen, die sich als Vorrechte ganzer Klassen oder doch wenigstens einer Mehrheit von Personen charakterisieren, während in der dritten Kategorie (c) die Rechte zur Darstellung gelangen sollen, die nur einem einzigen zustehen. Als vierte Kategorie (d) sind dann schließlich noch die Rechte des Individuums zu nennen, die sich als Befreiung von einer prinzipiell allgemeinen Pflicht darstellen, da auch durch den Fortfall derartiger Pflichten die staatsfreie Sphäre des Individuums vergrößert wird, indem der Staat es zu unterlassen hat, den von der Pflicht Befreiten zu ihnen heranzuziehen.

Die wichtigsten Rechte der ersten Kategorie werden häufig unter dem Begriff der sogen. Grund- oder Freiheitsrechte zusammengefaßt. Die Rechte jedoch, die man unter diesem Titel in den neueren Verfassungsurkunden aufgezählt findet, sind äußerst verschieden. Es erklärt sich dies aus der geschichtlichen Entwicklung. Nach dem Vorbild Virginiens v. 12. 6. 1776 suchte man unter dem Einflusse der naturrechtlichen Schule und infolge der Nachwirkungen der Reformation die Rechtssphäre des Individuums gegenüber dem Staate möglichst genau abzugrenzen.[1]) Man faßte deshalb die auf diese Weise konstituierten Grund- oder Freiheits- bezw. Menschen- oder Bürgerrechte als unveräußerliche und unantastbare Rechte auf, die nicht auf der Anerkennung durch die Staatsgewalt beruhten, sondern den Menschen angeboren wären. Die Beschränkungen dieser Rechte durch den absoluten Staat hielt man deshalb für widerrechtlich und für unvereinbar mit der Idee des Staates. Um für die Zukunft derartigen Übergriffen der Staatsgewalt vorzubeugen, sah man sich daher veranlaßt, die verschiedenen Freiheitsrechte einzeln aufzuzählen.[2]) So kommt es, daß in den einzelnen Verfassungsurkunden sich eigentlich nie ein wirkliches System der sogen. Grundrechte befindet, sondern daß in ziemlich regelloser Weise einzelne Rechte aufgezählt werden, die sich als Negationen bisher in Kraft gewesener Beschränkungen darstellen, während häufig gerade die wichtigsten Grundrechte fehlen,[3]) einfach deshalb, weil sie in dem betreffenden Staate nicht verletzt worden waren.

Es ist deshalb auch nicht richtig, wenn behauptet wird, die

---

[1]) Jellinek, Erklärung S. 10 u. 60.

[2]) So verlangte z. B. Oken in seiner Zeitschr. Isis 23 unentbehrliche Grundrechte. Von diesen enthielt die Weimarische Verfassung von 1816 nur eins: die Preßfreiheit (vgl. v. Treitschke, Deutsche Geschichte Bd. 2 S. 409).

[3]) z. B. das Recht, alle privatrechtlich normierten Rechtsgeschäfte ungehindert vornehmen zu können (vgl. Jellinek, System S. 102).

Grund- und Freiheitsrechte stammten aus England,[1]) oder aber sie wären eine Frucht der Unabhängigkeitserklärung der Vereinigten Staaten oder der französischen Revolution. Es unterliegt heute wohl kaum noch einem Zweifel, daß es auch im Altertum in Griechenland und Rom schon ähnliche Rechte gegeben hat wie die, welche wir heute mit Grundrechten bezeichnen. Auch damals schon hatten die Bürger eine festanerkannte Rechtssphäre. So sagt Esmarch von den 12 Tafeln: „Was zum prägnantesten Ausdruck darin kommt, sind die Gewährleistungen der privatrechtlichen Selbstherrlichkeit der römischen Bürger.[2]) Vergleicht man jedoch die Rechtssphäre, die der als geschlossene Einheit auftretende römische Staat seinen Bürgern gewährte, mit der des germanischen Staates, so zeigt sich, daß hier die individuelle Selbständigkeit noch viel weiter durchgeführt war. Dies ging so weit, daß spätere Schriftsteller vor lauter Individual- und Sipperechten den altgermanischen Staat häufig gar nicht erkannten und infolgedessen seine Existenz überhaupt leugneten.[3]) Jahrhundertelang standen sich hier Fürst und Volk als zwei getrennte Rechtssubjekte gegenüber und wachten eifrig darüber, daß ihre Rechtssphäre nicht geschmälert würde.[4]) Erst das allmähliche Erstarken der Fürstenmacht zusammen mit der Rezeption des spätrömischen Rechts, das unter dem Einfluß der römischen Juristen den Souveränitätsbegriff zu höchster Vollkommenheit ausgebildet hatte,[5]) bewirkte, daß die Selbständigkeit des einzelnen gegenüber der Staatsgewalt allmählich ganz verschwand. Der Rückschlag erfolgte dann, wie wir schon sahen, um die Wende des 18. und 19. Jahrhunderts, wo durch die Aufnahme der Grundrechte in die Verfassungsurkunden die Rechtssphäre des einzelnen gegenüber der Staatsgewalt wieder genauer abgegrenzt wurde. Nun ist es allerdings richtig, daß nicht alle derartigen in den Verfassungen aufgezählten Rechte als subjektive öffentliche Rechte aufzufassen sind. Auf viele von ihnen paßt wegen ihrer Unbestimmtheit der Ausdruck „Grundrechtsphrasen“, den Treitschke auf sie anwendet,[6]) vollkommen. Sie enthielten höchstens ein gesetzgeberisches Prinzip und wurden zu

---

[1]) vgl. darüber, daß dies trotz der teilweisen Übereinstimmung der Namen (Magna charta libertatum von 1215, Petition of right von 1628, Habeascorpusacte von 1679, Bill of rights von 1689) nicht der Fall ist, Jellinek, Erklärung S. 27 ff.

[2]) v. Esmarch, Röm. Rechtsgeschichte S. 218.

[3]) Dahn, Vernunft im Recht S. 194.

[4]) Jellinek, Erklärung S. 30; Giese, Grundrechte S. 5.

[5]) Chamberlain, Die Grundlagen des 19. Jahrhunderts Bd. 1 S. 152 ff.; Bluntschli, Allgem. Staatsrecht a. a. O. S. 73/74.

[6]) Politik Bd. 1 S. 165 ff.; Zorn, Reichs- und Staatsangehörigkeit, in v. Stengels Wörterb. S. 344, nennt sie „allgemeine Redensarten“.

subjektiven Rechten erst dadurch, daß ihnen durch die spätere Gesetzgebung ein rechtlicher Inhalt gegeben wurde. Dies gilt aber keineswegs von allen.[1]) Verfassungsbestimmungen, durch die beispielsweise das Eigentum für unverletzlich erklärt (Art. 9 preuß. VU.), oder aber der Grundsatz proklamiert wurde, die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei (Art. 20 preuß. VU.), oder der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte ist unabhängig von dem religiösen Bekenntnisse (Art. 12 preuß. VU.), begründen für das Individuum sofort subjektive öffentliche Rechte. Im Falle einer Verletzung derartiger Bestimmungen durch die staatlichen Organe hat das Individuum gegenüber dem Staate einen Anspruch auf Aufhebung bezw. Beseitigung des die Bestimmung verletzenden Zustandes. Ob es allerdings im einzelnen Falle dem Individuum möglich sein wird, sein Recht gegenüber dem Staate durchzusetzen, hängt von der Ausbildung der Rechtspflege ab. Im absoluten Staate stand ihm gegenüber polizeilichen und Verwaltungsmaßregeln meist nur der höchst unsichere Beschwerdeweg offen, der allerdings dadurch einen etwas anderen Charakter erhielt als heutzutage, daß damals wenigstens in Preußen die meisten Behörden kollegialisch organisiert waren.[2]) Aber erst in neuerer Zeit ist durch die Schaffung von Verwaltungs- und ähnlichen Gerichten dem einzelnen in einer Reihe von Staaten und namentlich in Preußen die Sicherheit gegeben, daß er sein Recht auch gegenüber den staatlichen Verwaltungsbehörden durchsetzen kann. Am weitesten geht hierin die Verfassung der Vereinigten Staaten, wo der supreme Court, wie wir sahen, sogar berechtigt ist, die Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen und event. für nichtig zu erklären.

Einige der wichtigsten Grundrechte, die deshalb auch in den meisten Verfassungen aufgezählt werden, sind das Recht auf freie örtliche Bewegung,[3]) das wieder in drei einzelne Rechte zerfällt, nämlich das freie Aufenthalts- und Niederlassungsrecht (Freizügigkeit), das Reise- und das Auswanderungsrecht. Ferner das Recht der Gewerbefreiheit, der freien Meinungsäußerung, der Gewissensfreiheit, das Versammlungs- und Vereinsrecht u. a. m.

Anders als mit diesen Rechten aber steht es mit allen den Befugnissen des Individuums, die sich nicht auf einen ausdrücklichen Rechtssatz zurückführen lassen, z. B. das in keine Verfassung aufgenommene Recht, alle privatrechtlich normierten Rechts-

---

[1]) Tezner, Kritik S. 137 ff.

[2]) vgl. hierüber Anschütz, VerwR. bei Paul Hinneberg, Die Kultur der Gegenwart Teil 2 Abt. 8, Systematische Staatsw. S. 352 ff.

[3]) A. Wagner, Grundlegung Bd. 1 S. 364 ff.; v. Stengel, Wörterb. S. 179.

geschäfte ungehindert vornehmen zu können. Alle diese Rechte lassen sich auf den gewohnheitsrechtlichen, von den Verwaltungsgerichten durchweg anerkannten Satz zurückführen, daß die Freiheit des einzelnen so weit reicht, als sie nicht durch Rechtsnormen beschränkt ist.[1]) Im Falle einer Verletzung dieses Satzes ergibt sich daher für das Individuum ein Anspruch auf Unterlassung bezw. Aufhebung der diese Norm überschreitenden obrigkeitlichen Befehle.[2]) Wir haben hier in Übereinstimmung mit der verwaltungsgerichtlichen Praxis die Auffassung vertreten, daß dem einzelnen so viel subjektive Rechte zustehen, als er Handlungen frei vom staatlichen Verbote vornehmen kann.[3]) Hierbei muß man sich allerdings vergegenwärtigen, daß alle diese einzelnen Rechte nur Ausflüsse des einen einheitlichen Rechtes sind, sich innerhalb einer gewissen Rechtssphäre frei von staatlichen Einwirkungen bewegen zu können. Es widerspricht dies keineswegs unserer oben aufgestellten Behauptung, daß alles Recht Beziehung von Rechtssubjekten ist. Da, wie wir sahen, das charakteristische Merkmal des Staates seine prinzipiell allseitige Zuständigkeit ist, so kann es für ihn innerhalb seiner Rechtssphäre keine rechtlich irrelevanten Handlungen geben.[4]) An und für sich kann es dem Staat gleichgültig sein, ob jemand 10 oder 15 Stunden täglich arbeitet, ob er viel oder wenig Geld ausgibt. Trotzdem hat dies jedoch für den Staat mancherlei Folgen, indem er beispielsweise den Verschwender später unterhalten muß, während der Arbeiter, der durch zu langes Arbeiten seine Gesundheit schädigt, häufig nicht imstande ist, seiner Dienstpflicht zu genügen. Um diesen unangenehmen Folgen vorzubeugen, sieht sich daher der Staat veranlaßt, die Arbeitszeit zu regeln und den Verschwender unter Kuratel zu stellen. Bekanntlich ist die Regelung der gewerblichen Arbeitszeit erst in allerneuester Zeit erfolgt. Daraus folgt aber keineswegs, daß es früher für den Staat irrelevant war, wie lange die Arbeiter arbeiteten, sondern nur, daß die früher für den Staat erträglichen Folgen der freien Arbeitszeit nunmehr unerträglich geworden waren. Wir betrachten deshalb außer den dem Individuum ausdrücklich gestatteten Handlungen bezw. Unterlassungen auch diejenige äußere Betätigung des Willens des Individuums als sein subjektives Recht, die sich auf den Satz gründet, daß die Freiheit des Individuums so weit reicht, als sie nicht durch Rechtsnormen beschränkt ist.

---

[1]) Tezner, Kritik S. 133 sagt „durch das Gesetz", doch dürfte dieser Ausdruck etwas zu eng sein.

[2]) Jellinek, System S. 103.

[3]) Tezner, Kritik S. 134 ff.

[4]) Tezner a. a. O. S. 139.

Die Pflichten des Individuums, die diesen Rechten entsprechen, sind verschieden. Zunächst ist allerdings ganz allgemein folgendes zu bemerken. Ebenso wie sich die subjektiven öffentlichen Rechte des Quadrates A auf das eine Recht der freien Bewegung innerhalb einer bestimmten Rechtssphäre zurückführen lassen, ebenso kann man auch die diesem Rechte entsprechenden Pflichten des Berechtigten in einer einzigen zusammenfassen, nämlich in der diesem Rechte entsprechenden Rechtspflicht, Eingriffe indie Rechtspshäre anderer zu unterlassen, und zwar nicht nur in die Rechtssphäre des Staates, sondern auch in die der anderen Individuen. Aber ebenso wie der Umfang der in der Gruppe A zusammengefaßten Rechte keineswegs gleich ist, indem es Individuen geben kann, die nur die Rechte der Fläche a besitzen, während anderen auch die Rechte der zweiten und dritten oder gar aller vier Kategorien zustehen, ebenso ist auch, wie wir gleich sehen werden, der Umfang der diesen Rechten entsprechenden Pflichten verschieden. Bei den Rechten unserer ersten Kategorie, die prinzipiell jedem zustehen, entspricht jedem subjektiven öffentlichen Recht auch eine Rechtspflicht des Berechtigten. Da jeder einen Anspruch darauf hat, daß beispielsweise sein Eigentum, die Unverletzlichkeit seiner Person respektiert wird, so ergibt sich umgekehrt für den einzelnen, ganz abgesehen von etwa noch besonders konstituierten Leistungs- oder Duldungspflichten, die Rechtspflicht, unberechtigte Einwirkungen in das Eigentum oder in die Person anderer zu unterlassen. Die Verletzung dieser Rechtspflicht hat für den Betreffenden neben etwaigen zivilrechtlichen Folgen vielfach eine strafrechtliche Ahndung zur Folge, die entweder nur infolge eines Antrages des Verletzten oder wegen der Allgemeingefährlichkeit der betreffenden Tat auch ohne Antrag des Geschädigten eintritt, sobald der Staat etwas davon erfährt. Es wurde schon oben erwähnt, daß die Erhebung der Klage auch ohne, ja gegen den Willen des Geschädigten an dem Charakter dieses Rechtes als eines subjektiven öffentlichen Rechtes nichts ändert. Daß es sich hier aber, wie oben behauptet, wirklich um ein subjektives öffentliches Recht des Verletzten und nicht um einen bloßen Reflex des objektiven Rechts handelt, ergibt sich ganz klar aus folgendem. Nach § 169 StPO. ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, dem Antragsteller die Gründe anzugeben, aus denen sie dem Antrag auf Erhebung der öffentlichen Klage nicht Folge geleistet oder die Einstellung des Verfahrens beschlossen hat. § 170 fährt dann wörtlich fort: „Ist der Antragsteller zugleich der Verletzte, so steht ihm gegen diesen Bescheid binnen zwei Wochen nach der Bekanntmachung die Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft und gegen dessen ablehnenden Bescheid

binnen einem Monate nach der Bekanntmachung der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu". Sollte ihm unwahrscheinlicherweise aber auch die gerichtliche Entscheidung vom Gericht verweigert werden, so bleibt ihm schließlich noch die durch Art. 77 der Reichsverfassung für den Fall der Justizverweigerung statuierte Beschwerde an den Bundesrat. Es sind also dem einzelnen in weitgehendem Maße Mittel zur Durchsetzung seines Rechts zur Verfügung gestellt. Neben dieser Unterlassungspflicht können bei den Rechten unserer ersten Kategorie natürlich auch noch Leistungs- oder Duldungspflichten vorkommen. Es liegt im Wesen der hierher gehörenden Rechte, daß ich bei ihrer Ausübung in der Regel auch in die Rechtssphäre anderer Individuen eingreife, da nicht nur ich, sondern auch andere das Recht haben, über eine bestimmte Sache ihre Meinung zu äußern oder eine öffentliche Versammlung zu besuchen.

Im Sinne unserer bildlichen Darstellung würden also die Flächen a der einzelnen Individuen mehr oder weniger zusammenfallen. Daraus ergibt sich, daß der einzelne bei der Ausübung dieser Rechte sich nicht nur davor in acht nehmen muß, daß er nicht die Grenze seines eigenen Rechtes überschreitet und dadurch in die Rechtssphäre anderer Individuen eingreift, sondern daß er neben dieser Unterlassungspflicht meist auch noch die Pflicht hat, zu dulden, daß auch andere auf demselben Gebiet ihre Rechte ausüben wie er, indem er beispielsweise dulden muß, daß auch sie ihre Meinung äußern oder aber die gleiche öffentliche Versammlung besuchen wie er.

Dagegen besteht bei den Rechten unserer ersten Kategorie in der Regel keine Rechtspflicht zur Ausübung eines derartigen Rechts. Niemand ist unter normalen Verhältnissen verpflichtet, seinen Wohnsitz zu wechseln, seine Meinung zu äußern oder an einer Versammlung teilzunehmen. Dies schließt jedoch nicht aus, daß auch bei diesen Rechten gelegentlich Leistungspflichten vorkommen, z. B. wenn aus militärischen, gesundheitspolizeilichen oder sonstigen Gründen von jemand das Verlassen seines Wohnsitzes verlangt wird. Auch entspricht z. B. dem freien Aufenthalts- und Niederlassungsrecht meist die wenn auch in der Regel nur indirekt in der Gesetzgebung zum Ausdruck gebrachte Leistungspflicht, sich irgendwo niederzulassen, indem mittel-, zweck- und erwerbsloses Umherziehen als Landstreichen bestraft wird,[1]) und indem ferner Leute ohne festen Wohnsitz viel eher festgenommen werden können als andere.[2])

---

[1]) vgl. RStGB. § 361 Nr. 3 sowie Goltdammers Arch. für Strafrecht Bd. 25 S. 595.

[2]) vgl. Reichsstrafprozeßordnung §§ 112 Nr. 2 u. 113.

Wir kommen nunmehr zu unserer zweiten Kategorie, d. h. den subjektiven öffentlichen Rechten, die nicht allen Angehörigen, sondern nur gewissen Personenklassen oder überhaupt einer beschränkten Anzahl von Personen zustehen. Derartige Rechte kamen besonders häufig im Mittelalter vor, wo es z. B. nur bestimmten Personen gestattet war, ein Handwerk zu betreiben oder ein Rittergut zu erwerben. Aus dem römischen Recht sei hier nur an die bevorzugte Stellung der Beamten erinnert, die während ihres Amtsjahres wegen ihrer Amtsführung nicht zur Rechenschaft gezogen werden konnten.[1]) Aber auch im neuesten Recht gibt es zahlreiche derartige Fälle, so z. B. die Befugnis gewisser Personen, einen adligen Namen zu führen, oder das Recht der Inhaber von konzessionsbedürftigen Gewerben[2]) zur Führung eines derartigen Gewerbes. Da diese Rechte zwar nicht allen, aber doch immerhin einer Mehrzahl von Personen zustehen, so ergibt sich für die Berechtigten sowohl als auch für alle übrigen die Pflicht, die anderen in dieser Weise Bevorrechtigten bei der Ausübung ihres Vorrechts nicht zu hindern. Diese Rechtspflicht unterscheidet sich jedoch, soweit sie den einzelnen Bevorrechtigten trifft, wesentlich von den zuerst angeführten Rechtspflichten. Während dort die Rechtspflicht einem Recht entsprach, dessen Erlangung an und für sich jedem möglich war, besteht hier zwar auch für jeden die Pflicht, Eingriffe in das Vorrecht der Bevorrechtigten zu unterlassen, aber nicht jedem ist es möglich, ein solches Vorrecht zu erlangen. So konnten im Mittelalter nur Adlige Rittergüter erwerben, in der Regel nur Angehörige der bestimmten Zunft das betreffende Handwerk betreiben, wobei, wenigstens in späterer Zeit, der Eintritt in die Zunft keineswegs mehr jedem offen stand. Den Schutz vor Klagen während ihrer Amtsführung genossen nur Beamte, während zur Führung eines adligen Namens auch nur die berechtigt sind, denen der Adel verliehen bezw. bestätigt ist. Ein konzessionsbedürftiges Gewerbe können schließlich nur die ausüben denen die Erlaubnis hierzu erteilt ist. Das Wesen dieser Vorrechte, die ihrer Natur nach einer Mehrzahl von Personen zustehen, besteht also darin, daß alle, also auch die Berechtigten selbst, verpflichtet sind, Eingriffe in derartige Vorrechte zu unterlassen. Diese Pflicht entspringt jedoch streng genommen nicht dem Vorrecht des Berechtigten, sondern der allgemeinen Rechtspflicht, Eingriffe in die Rechtssphäre andrer zu unterlassen. Diese allgemeine Rechtspflicht, die den Rechten unsrer ersten Kategorie

---

[1]) Dieses Recht brach Tiberius Grachus, als er die Absetzung seines Mittribunen M. Octavius beantragte und durchsetzte (vgl. Bluntschli, Allgem. Staatsrecht a. a. O. Bd. 2 S. 69/70).

[2]) vgl. z. B. § 32 GewO. für das Deutsche Reich.

entsprach, besteht nämlich für den einzelnen nicht nur hinsichtlich der Rechte jener Kategorie, sondern gegenüber der ganzen Rechtssphäre andrer Individuen, ebenso wie auch der öffentliche Verband verpflichtet ist, die ganze staatsfreie Rechtssphäre des einzelnen zu respektieren. So wird z. B. durch die Verleihung des Adelsprädikats der Umfang der Rechtspflichten des Betreffenden nicht verändert, sondern nur der Umfang seiner Rechte vermehrt. Natürlich ist es sehr wohl möglich, daß durch die Erteilung derartiger Vorrechte auch besondere Pflichten des Berechtigten begründet werden. So waren z. B. mit der Aufnahme in eine Zunft mancherlei Duldungs- und Leistungspflichten verbunden, in dem der Betreffende sich eine weitgehende Kontrolle gefallen lassen mußte, der gegenüber er außerdem noch zu zahlreichen Leistungen verpflichtet war. Es gehört jedoch keineswegs notwendig zum Begriff eines Vorrechts, daß ihm auch immer eine besondere Rechtspflicht entspricht. Man wird daher ein Vorrecht vielleicht am besten mit Stammler als „eine Rechtsfolge" definieren, „die von einer verhältnismäßig allgemeiner bestimmten Rechtsfolge mit ungleichartigem Inhalte abweicht",[1]) und man kann vielleicht sogar umgekehrt sagen, daß einem Vorrecht in der Regel keine besondere Rechtspflicht entspricht. Dies gilt z. B. von der Berechtigung zum Erwerbe von Rittergütern im Mittelalter oder von der Befugnis zur Errichtung eines Militärtestamentes, wie sie die römischen Soldaten besaßen, indem hier zwar die Voraussetzung für die Errichtung eines solchen Testamentes darin bestand, daß der Betreffende miles ist, nicht aber umgekehrt jenem Rechte die Pflicht entsprach, Soldat zu sein. Auch dem Recht auf Führung des Adelsprädikats entspricht keine besondere Rechtspflicht. Wir kommen deshalb zu folgendem Resultat: Während bei unserer ersten Kategorie, wo es sich um Rechte handelte, die prinzipiell allen zustehen, jedem subjektiven öffentlichen Recht auch immer eine Rechtspflicht des Berechtigten entsprach, besteht bei unserer zweiten Kategorie, ganz abgesehen von etwaigen besonderen Leistungs- oder Duldungspflichten, zwar auch immer eine Rechtspflicht des Berechtigten auf Unterlassung von Störungen der anderen in gleicher Weise Berechtigten, aber diese Rechtspflicht charakterisiert sich nicht mehr als eine besondere Pflicht des Bevorrechtigten, da auch für die Nichtbevorrechtigten die gleiche Rechtspflicht besteht. Man kann deshalb sagen, daß den Rechten der zweiten Kategorie, wenigstens in der Regel, keine besondere Rechtspflicht der Berechtigten zu entsprechen braucht.

---

[1]) Privilegien und Vorrechte S. 13.

Anders ist dies bei den Rechten unserer dritten Kategorie, d. h. also den subjektiven öffentlichen Rechten, die nur einem einzigen zustehen, während ihnen auf seiten des Staates oder des öffentlichen Verbandes gleichfalls eine Unterlassungspflicht entspricht. Hierher gehören in erster Linie Privatmonopole, die einzelnen oder Gesellschaften erteilt sind. Ein Beispiel hierfür aus dem alten Deutschen Reich ist das Thurn- und Taxissche Postmonopol. Bekanntlich gibt es jetzt in Deutschland nicht mehr derartige staatlich anerkannte Privatmonopole, dagegen kommen sie ziemlich häufig in den kleineren öffentlichen Verbänden vor, indem z. B. Städte einer Straßenbahngesellschaft die ausschließliche Befugnis erteilen, in ihrem Bezirk Straßenbahnen anzulegen und zu betreiben. Während es die Natur der bisher genannten Vorrechte einzelner mit sich bringt, daß diesen Rechten auch immer besondere Rechtspflichten entsprechen, trifft dies für andere derartige Einzelrechte keineswegs immer zu. Der Inhaber eines Patentes hat das Recht, gewerbsmäßig den Gegenstand seiner Erfindung herzustellen, in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen, sowie ferner das Recht, jedem anderen die Ausübung dieser seiner Befugnisse zu untersagen.[1]) Diesem Recht des Patentinhabers entspricht im allgemeinen keine Rechtspflicht, da die Bezahlung der Patentgebühren ebenso Voraussetzung für die Erteilung des Patentes ist wie die Erfindung selbst. Hieran ändert auch nichts der Umstand, daß ein Teil der Gebühr erst nach Erteilung des Patentes gezahlt zu werden braucht, da dies lediglich aus Billigkeitsgründen geschieht, ohne daß dadurch an dem Charakter der Gebühren etwas geändert wird. Während für alle anderen infolgedessen eine Unterlassungs- und Duldungspflicht besteht, trifft den Patentinhaber eine solche Pflicht nicht und auch eine Handlungspflicht auf Ausübung des Patentes besteht für ihn, abgesehen von den besonderen Fällen der §§ 11 u. 5, nicht.[2])

Die Rechte der dritten Kategorie unterscheiden sich mithin dadurch von denen der zweiten, daß es bei ihnen eine Reihe von subjektiven öffentlichen Rechten gibt, denen überhaupt keine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht, während den Rechten der 2. Kategorie nur keine besondere Rechtspflicht entsprach.

Wir kommen hiermit zu unserer vierten Kategorie, d. h. den Rechten des Individuums, deren Inhalt in der Befreiung des Berechtigten von einer staatlichen Pflicht besteht. Diese Pflicht kann prinzipiell alle Angehörigen des Staates, häufig sogar auch die

---

[1]) Patentgesetz v. 7. 4. 1891 (RGBl. S. 79) § 4.
[2]) Patentgesetz v. 7. 4. 1891 (RGBl. S. 79).

Fremden, soweit sie sich in dem betreffenden Staate aufhalten, oder auch nur gewisse Bevölkerungsklassen treffen.[1])

Von einem subjektiven öffentlichen Recht des Berechtigten auf Nichtleistung kann man daher nur in den Fällen reden, wo der Berechtigte an und für sich von dem die persönliche Dienst- oder Sachleistung normierenden Gesetze erfaßt wird. Deshalb darf man, wie v. Dantscher richtig ausführt, auch nicht von einem Rechte der Militäruntauglichen auf Befreiung von der Militärpflicht sprechen, da diese nur für die zum Militärdienst Tauglichen besteht.

Die Pflichten des einzelnen gegenüber dem Staat zerfallen in zwei große Gruppen, von denen die erste in persönlichen Dienstleistungen, die zweite in Sachleistungen besteht. Bei der zweiten Gruppe kann man dann noch weiter zwischen Geld- und Naturalleistungen unterscheiden. Die wichtigsten persönlichen Dienstleistungen in unseren modernen kontinentalen Staaten sind die Militärpflicht, die Pflicht zur Übernahme von Ehrenämtern in der inneren Verwaltung, die Pflicht als Zeuge, Richter, Geschworener oder Vormund zu fungieren u. a. m. Von der Erfüllung dieser Pflichten sind nun mehr oder minder große Kreise der Bevölkerung entbunden. So sind z. B. in Deutschland die Mitglieder der landes- und standesherrlichen Familien von der Militärpflicht befreit.[2]) Ebenso die vor dem 1. 1. 1851 geborenen Angehörigen Elsaß-Lothringens.[3]) Zur Ablehnung oder früheren Niederlegung von unbesoldeten Gemeindeämtern, zu deren Annahme prinzipiell jeder stimmfähige Bürger verpflichtet ist, berechtigen anhaltende Krankheit, Geschäfte, die eine häufige oder lange dauernde Abwesenheit vom Wohnorte mit sich bringen, das Alter von 60 Jahren usw.[4]) Von der Pflicht, vor Gericht einen Eid zu leisten, sind z. B. die Mitglieder der landesherrlichen Familen befreit (ZPO. § 479), während die höchsten Beamten des Reiches und der Bundesstaaten an ihrem Amtssitz bezw. Aufenthaltsort zu vernehmen sind (§ 382 ZPO.), also von der Pflicht befreit sind, vor dem zuständigen Gerichte als Zeugen zu erscheinen. Etwas Ähnliches gilt für die Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung während der Sitzungsperiode (§ 382 ZPO.). Ein Recht, ihr Zeugnis zu verweigern, haben gewisse, einer Partei nahestehende Personen, ferner Geistliche in Ansehung

---

[1]) vgl. hierüber besonders v. Dantscher a. a. O. 2. Lief. S. 3ff.

[2]) Bundesgesetz betr. die Verpflichtung zum Kriegsdienst v. 9. 11. 1867 § 1 (BGBl. S. 131).

[3]) Reichsgesetz v. 23. 1. 1871 § 2 (RGBl. S. 33); Reichsgesetz v. 11. 2. 1888 betr. Änderungen der Wehrpflicht § 33 Abs. 1 (RGBl. S. 11).

[4]) StO. v. 30. 5. 1853 § 74; LGO. v. 3. 7. 1891 § 65.

dessen, was ihnen in Ausübung der Seelsorge anvertraut ist, sowie Leute, denen kraft ihres Amtes oder Berufes geheimzuhaltende Tatsachen anvertraut sind (§ 383 ZPO.). Nach § 35 GVG.[1]) sind zur Ablehnung des Schöffen- und Geschworenenamtes die Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung, Personen, welche im letzten Geschäftsjahre Geschworene oder mindestens fünfmal Schöffen gewesen sind, Ärzte und Apotheker ohne Gehilfen, 65jährige und Mittellose berechtigt.[2])

Auch von der Pflicht, eine Vormundschaft zu übernehmen, sind zahlreiche Personen befreit, z. B. Frauen, ferner wer das 60. Lebensjahr vollendet, wer mehr als vier minderjährige eheliche Kinder hat usw. (§ 1786 BGB.). In neuester Zeit sind derartige Rechte z. B. durch die Ausführungsbestimmungen zum Reichsvereinsgesetz für die Angehörigen der Universität Jena begründet worden. Nach der Verordnung des weimarischen Staatsministeriums bedürfen nämlich „Aufzüge der Studentenschaft der Universität Jena, sofern die Aufzüge entweder auf Veranlassung der Universitätsbehörden oder auf Herkommen beruhen“ nicht der Anzeige und Genehmigung. Das Charakteristische an allen diesen Rechten, die inhaltlich die Befreiung von einer Pflicht gegenüber dem Staate oder dem öffentlichen Verbande bedeuten, ist nun aber, daß ihnen keine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht, weder eine Unterlassungs- oder Duldungspflicht, da sein Recht ja gerade in der Befugnis besteht, vom Staate verlangen zu können, daß dieser es unterläßt, ihn zur Erfüllung jener Pflicht heranzuziehen, noch auch eine Leistungspflicht. Man könnte hier vielleicht einwenden, daß diese Behauptung nicht für die Fälle zutreffen würde, wo an Stelle einer persönlichen Dienstleistung andere Leistungen zu entrichten sind. Ein derartiges Beispiel würde die Befreiung von der Militärpflicht durch Bezahlung einer Geldsumme oder durch Stellung eines Ersatzmannes sein. Hier handelt es sich jedoch gar nicht um die Befreiung von einer dem Betreffenden gegenüber dem Staate obliegenden Pflicht im Sinne unserer Aufgabe. Die öffentliche Pflicht des Berechtigten besteht hier vielmehr darin, entweder selbst oder durch Stellvertreter seiner Militärpflicht nachzukommen oder aber die festgesetzte Geldsumme zu zahlen. Die Befreiung von der persönlichen Dienstpflicht bedeutet deshalb in diesem Falle kein Recht im Sinne unserer vierten Kategorie.

Was von den Rechten gilt, die sich als Befreiung von persönlichen Dienstleistungen charakterisieren, trifft aber in gleicher

---

[1]) GVG. v. 27. 1. 1877.
[2]) Schwarz a. a. O. S. 180/81.

Weise auch auf unsere zweite Gruppe, die Sachleistungen, zu. Die Geldleistungen des einzelnen gegenüber dem Staate zerfallen in Steuern, Gebühren und Beiträge. Besonders häufig kamen Befreiungen von diesen Pflichten im Mittelalter vor. Es sei hier nur an das Steuerprivileg des Adels und der Geistlichkeit erinnert. Aber auch jetzt noch gibt es derartige Steuerbefreiungen, wenngleich in viel geringerem Umfange als früher. So sind z. B. nach § 24 Kommunalabgabengesetz v. 14. 7. 1893 von den Realsteuern vom Grundbesitz befreit: Die königlichen Schlösser, die einem fremden Staate gehörigen Grundstücke, auf denen Botschafts- und Gesandtschaftsgebäude errichtet sind, die dem öffentlichen Dienste oder Gebrauche bestimmten Grundstücke und Gebäude der öffentlichen Verbände, mit Genehmigung des Staates angelegte öffentliche Brücken und Straßen, ferner Kirchen und Schulen u. a. m. Da die Pflicht, Steuern zu zahlen, in unseren modernen Staaten prinzipiell jeden trifft, so bedeutet auch die Befreiung der Einkommen unter 900 Mk. von der preußischen Einkommensteuer [1]) ein subjektives öffentliches Recht dieser Personen und im Falle einer Heranziehung zu dieser Steuer durch den Staat haben sie das Recht, Unterlassung zu verlangen. Eine Befreiung von der Bezahlung von Gebühren bedeutet die Portofreiheit gewisser Personen, in Deutschland z. B. der deutschen Landesherren und in Österreich der Mitglieder der kaiserlichen Familie, die Befreiung vom Schulgeld für die Kinder der an derselben Anstalt angestellten Lehrer, die Bewilligung des Armenrechts auf Grund der §§ 114 u. 115 ZPO. durch die wenigstens eine einstweilige Befreiung von der Berichtigung der Gerichtskosten gewährt wird. Die hauptsächlichsten Naturalleistungen dagegen bestehen in der Überlassung von Grundstücken zu militärischen Zwecken, in der Einquartierung und Verpflegung von Truppen, in der Stellung von Vorspann, sowie in der Verpflichtung der Pferdebesitzer, ihre kriegsdiensttauglichen Pferde bei einer Mobilmachung dem Staate zu überlassen.[2]) Von besonderer Wichtigkeit ist ferner die durch die Enteignungsgesetze konstituierte Verpflichtung zur Hingabe vor allem unbeweglicher Güter an den Staat aus Gründen des öffentlichen Interesses. Auch von allen diesen Pflichten gab es früher sehr zahlreiche Befreiungen, während jetzt die meisten derartigen Befreiungen fortgefallen sind. Ein Recht auf Befreiung von der Einquartierungslast im Frieden bezüglich der ihnen gehörigen Wohngebäude, sowie auf wenigstens teilweise Befreiung

---

[1]) EinkStG. v. 24. 6. 1891 § 5 (preuß. GS. S. 175).

[2]) Reichsgesetz über die Naturalleistuugen für die bewaffnete Macht im Frieden v. 13. 2. 1875 (RGBl. S. 52 §§ 3—5) sowie dessen Abänderungen durch Reichsgesetz v. 21. 6. 1887 (RGBl. S. 245) und Reichsgesetz v. 24. 5. 1898 (RGBl. S. 357).

von der Pflicht zur Vorspannleistung haben noch die Mitglieder der regierenden Familien und zum Teil auch hinsichtlich der Einquartierungslasten die der standesherrlichen Familien.[1] Aber auch von allen diesen Rechten der einzelnen, die sich als Befreiung von einer Sachleistung gegenüber dem Staate charakterisieren, gilt das schon vorhin Gesagte, daß ihnen keine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht.

Wenn wir nun kurz noch einmal die Rechte des einzelnen überblicken, denen auf seiten des Staates eine Unterlassungspflicht entsprach, so ergibt sich als Resultat unserer Untersuchungen, daß es sich hier im Grunde genommen nur um ein subjektives öffentliches Recht des einzelnen handelt, nämlich das Recht, sich innerhalb einer bestimmten Rechtssphäre frei von staatlicher Einwirkung bewegen zu können, und daß diesem Recht, abgesehen von etwa speziell konstituierten Leistungs- und Duldungspflichten nur eine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht, nämlich die Pflicht, Eingriffe in die Rechtssphäre des Staates und der anderen Individuen zu unterlassen, mag diese Rechtssphäre nun im einzelnen groß oder klein sein. Diese Unterlassungspflicht des einzelnen besteht Dritten gegenüber jedoch nur hinsichtlich der drei ersten Kategorien a, b und c. Eine besondere Stellung nehmen in dieser Beziehung die Rechte der vierten Kategorie ein. Da diese Rechte sich als Befreiung von Pflichten gegenüber dem Staate darstellen, so kann ihnen natürlich nur auf seiten des Staates eine Unterlassungspflicht entspringen. Dritte dagegen können dies Recht des einzelnen gar nicht verletzen, da sie als Privatleute nicht imstande sind, jemand zur Erfüllung einer staatlichen Pflicht heranzuziehen, von der er befreit ist. Wollte z. B. ein Privatmann einen von der Steuer Befreiten zu deren Bezahlung zwingen, so würde er dadurch nicht das Recht des Dritten auf Steuerfreiheit, sondern dessen Integrität verletzen, also eine Pflicht außer acht lassen, die den Rechten unserer ersten Kategorie a entspricht. Daraus ergibt sich, wie schon oben ausgeführt, daß den Rechten unserer vierten Kategorie nie eine Unterlassungspflicht des Berechtigten entsprechen kann. Die Rechte dieser Kategorie gehören aber, trotz dieser ihrer besonderen Stellung in die Gruppe A, weil ihnen auf seiten des öffentlichen Verbandes eine Unterlassungspflicht entspricht.

Die Betrachtung des Umfanges der einzelnen Rechtspflichten jedoch zeigte uns, daß für diejenigen Individuen, die nur die Rechte der Fläche a besaßen, eine Unterlassungspflicht gegenüber

---

[1]) Bundesgesetz betr. die Quartierleistung für die bewaffnete Macht während des Friedenszustandes v. 25. 6. 1868 § 4 (BGBl. S. 523); Reichsgesetz über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden v. 13. 2. 1875 § 3 (RGBl. S. 52).

den Kategorien a, b und c bestand. Eine Unterlassungspflicht in gleichem Umfange stellten wir auch für diejenigen fest, denen außer den Rechten der Fläche a noch die der Fläche b zustanden, so daß also den Rechten dieser Kategorie, wie wir sahen, wenigstens keine besondere Rechtspflicht entsprach. Für diejenigen Individuen dagegen, die auch die Rechte der Fläche c besaßen, existierte eine Unterlassungspflicht nur hinsichtlich der beiden ersten Kategorien, dagegen nicht bezüglich der dritten Kategorie, da sie hier die allein Berechtigten waren. -

Wir kommen nunmehr zu den in unserer zweiten Gruppe (der Fläche B) zusammengefaßten subjektiven öffentlichen Rechten des einzelnen. Diese bestehen in der Berechtigung des Individuums, positive Handlungen von dem öffentlichen Verbande verlangen zu können. Der Ausdruck Handlungen ist hier im weitesten Sinne zu verstehen. Er umfaßt die gesamte Tätigkeit der öffentlichen Verbände, soweit der einzelne ein Recht hat, sie zu fordern. Die Zahl dieser subjektiven öffentlichen Rechte auf positive Handlungen des Staates hat sich in der letzten Zeit ganz außerordentlich vermehrt. Wenn es nun auch, wie Jellinek treffend ausführt,[1]) denkbar wäre, daß es einen Staat gegeben hätte, in dem gar keine subjektiven öffentlichen Rechte des einzelnen auf positive Handlungen des Staates existiert hätten, so ist dies doch nicht eben wahrscheinlich, und es ist wenigstens bis jetzt kein derartiges Gemeinwesen geschichtlich nachweisbar. Gerade das wichtigste derartige Recht, nämlich das Recht auf Rechtsschutz, hat wohl in jedem Staate allerdings in mehr oder weniger großem Umfange bestanden.[2]) Dieses öffentliche Recht ist gegenüber dem Staate als Verwaltung erst in neuerer Zeit vor allem durch die Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu größerer Vollkommenheit ausgebildet worden. Dagegen war es gegenüber Privaten schon längst vollständig gesichert. Denn auch der Anspruch des einzelnen auf richterliche Hilfe zum Schutze eines Privatrechts ist ein öffentlichrechtlicher,[3]) da in einem solchen Rechtsverhältnisse notwendigerweise ein öffentlicher Verband als Rechtssubjekt stehen muß. Andere derartige Rechte sind[4]): das Recht auf Beurkundung, wie z. B. die Ausstellung von Geburts-, Trauungs-, Totenscheinen, ferner das Recht auf Vornahme konstitutiver Verwaltungsverfügungen, wie die Erteilung von Baukonsensen, Patenten usw.

---

[1]) Jellinek, System S. 115.

[2]) Laband, Staatsrecht Bd. 3 § 84 S. 349 ff.; Zachariae, Deutsche Staats- und Bundesrechte Bd. 1 § 90 S. 464.

[3]) v. Dantscher a. a. O. 2. Lief. S. 52.

[4]) Nach v. Dantscher a. a. O. 2. Lief. S. 49.

Unter diese Gruppe von Rechten fallen aber auch alle die subjektiven öffentlichen Rechte, die einzelnen Personen infolge ihrer besonderen Verhältnisse zustehen, z. B. das Recht auf Bestellung eines Kurators, das seit Marc Aurel die puberes minores ganz allgemein besaßen, während sie es nach der lex Plaetoria nur aus besonderen Gründen hatten,[1] ebenso das durch die Bewilligung des Armenrechts entstandene Recht der Partei auf unentgeltliche Beiordnung eines Gerichtsvollziehers und eines Rechtsanwalts.[2] In weitem Umfange sind derartige Rechte vor allem durch die soziale Gesetzgebung der letzten Jahre begründet worden, aber auch die Ansprüche der staatlichen und kommunalen Beamten auf Gehalt, das Recht des Königs auf den Bezug der Zivilliste fallen unter diese Kategorie. Schließlich muß man hierher auch die Rechte des einzelnen auf Benutzung derjenigen staatlichen oder kommunalen Anstalten rechnen, bei denen die Benutzung in der Berechtigung des einzelnen besteht, von dem öffentlichen Verband oder dessen Delegataren eine positive Handlung verlangen zu können, z. B. die Benutzung der Eisenbahn, der Post, des Telegraphs und des Telephons, sowie der Schulen, Universitäten usw.

Man könnte vielleicht darüber streiten, ob es sich hier überhaupt noch um subjektive öffentliche Rechte und nicht vielmehr um Privatrechte handelt, da z. B. Verträge über die Beförderung von Personen oder Sachen sehr wohl zwischen Privaten abgeschlossen werden können, es sich also hier um Rechtsverhältnisse handelt, in denen nicht notwendigerweise ein öffentlicher Verband zu stehen braucht. Derartige Verträge unterliegen deshalb auch fast durchweg den Bestimmungen des Privatrechts, und wir tragen auch kein Bedenken, den Vertrag sowie die daraus entspringenden Befugnisse des einzelnen für privatrechtliche zu halten. Das subjektive öffentliche Recht des einzelnen besteht u. E. aber darin, daß das Individuum ein erzwingbares Recht auf den Abschluß eines auf die Beförderung seiner Person oder seiner Sachen durch die betreffende Anstalt gerichteten Vertrages hat.[3] Derartige subjektive öffentliche Rechte der Staatsbewohner und in der Regel auch der Fremden auf den Abschluß von Privatrechtsgeschäften bestanden nicht immer. Sie haben sich erst allmählich mit der steigenden Bedeutung des Verkehrs entwickelt. Die meisten modernen Staaten geben deshalb ihren Untertanen ein subjektives öffentliches Recht auf die Benutzung derartiger Anstalten, deren Schaffung und Erhaltung sie als ihre Aufgabe betrachten. Es ist

---

[1] v. Czyhlarz a. a. O. S. 69.
[2] ZPO. § 115 Abs. 3
[3] v. Dantscher a. a. O. 2. Lief. S. 51—52.

nun keineswegs notwendig, daß der Staat oder die sonstigen öffentlichen Verbände derartige Anstalten immer selbst ins Leben rufen und betreiben, sie können dies vielmehr ebensogut auch Privaten überlassen.[1]) Wichtig für das Bestehen eines derartigen subjektiven öffentlichen Rechts ist es nur, daß sie entweder sich selbst oder jene Privatleute gesetzlich zum Abschluß derartiger Privatrechtsgeschäfte verpflichten.

Wenn wir uns nun die Frage vorlegen, ob den subjektiven öffentlichen Rechten dieser Kategorie auch immer eine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht, so ist hierbei folgendes zu beachten. Wir betrachten es heute als eine der vornehmsten Aufgaben des Staates, das Interesse der Allgemeinheit gegenüber den Sonderinteressen der einzelnen wahrzunehmen. Hieraus folgt für den Staat prinzipiell die Pflicht, sich nicht lediglich zum Vorteil eines einzigen Pflichten aufzuerlegen. Deshalb wird wenigstens der moderne Staat in der Regel eine entsprechende Gegenleistung des Berechtigten fordern, und infolgedessen wird einem subjektiven öffentlichen Recht des einzelnen auf positive Handlungen des Staates auch meistens eine Rechtspflicht des Berechtigten entsprechen. Dies war jedoch keineswegs immer so. Im absoluten Staate wurde häufig das Interesse des Staates mit dem des Herrschers identifiziert. Es sei nur an das Ludwig XIV. zugeschriebene Wort „l'Etat c'est moi" erinnert. Bei einer solchen Auffassung des Staates und bei der Befugnis des absoluten Herrschers, seinem Willen Gesetzeskraft zu verleihen, kam es natürlich häufig vor, daß der Staat oder ein anderer öffentlicher Verband zu Leistungen verpflichtet wurde, denen keine Rechtspflicht des Berechtigten entsprach. Aber auch in unseren modernen Staaten gibt es Fälle, wo einem öffentlichen Verbande Pflichten auferlegt werden, die für den Berechtigten keine Rechtspflicht erzeugen. Hierher gehören alle die Gesetze, durch die wohlverdienten Staatsbeamten oder auch anderen Leuten, die sich um den Staat oder um die Allgemeinheit große Verdienste erworben haben, Dotationen oder sonstige Beihilfen gewährt werden, deren Bezug dann häufig nicht nur dem Belohnten selbst, sondern auch dessen nächsten Angehörigen zusteht. Vor Erlaß eines derartigen Gesetzes bestand für den Staat keine Verpflichtung zur Leistung. Durch das Gesetz dagegen legt er sich die Verpflichtung zur Bewirkung einer derartigen Leistung auf, während er dadurch den Berechtigten zugleich ein Recht auf den Bezug jener Belohnung gewährt, ohne daran für ihn eine Rechtspflicht zu knüpfen. In diesen Fällen, wo sich die Leistung des Staates als Anerkennung und Belohnung,

---

[1]) Laband, Staatsrecht Bd. 3 § 73 S. 51 Anm. 1.

nicht als Entgelt für geleistete Dienste darstellt, entspricht daher dem Recht auf eine positive Handlung des Staates nicht immer auch eine Rechtspflicht des Berechtigten.

Das gleiche gilt von der Gewährung außerordentlicher Unterstützungen durch den Erlaß eines Notstands- oder ähnlichen Gesetzes. Auch hierdurch erhalten die Berechtigten ein subjektives öffentliches Recht auf die Gewährung einer Unterstützung, ohne daß ihnen dafür auch immer eine Rechtspflicht auferlegt wird. Es sei nur an die zahlreichen Unterstützungen und Beihilfen erinnert, die Friedrich der Große nach dem siebenjährigen Kriege und bei Urbarmachung des Netzebruchs gewährte.[1]) Jetzt wird allerdings durch derartige Gesetze den Berechtigten auch meist eine Rechtspflicht auferlegt.

Wegen der Mannigfaltigkeit der subjektiven öffentlichen Rechte dieser Gruppe ist es nicht möglich, genauere als diese allgemeinen Feststellungen zu machen. Für die Beantwortung unserer Frage ergibt sich daher folgendes Resultat. Unterlassungspflichten des Berechtigten oder überhaupt Dritter können dieser Gruppe von Rechten nicht entsprechen, da es sich hier um Forderungsrechte handelt, die man zwar aufheben oder abändern, aber nicht stören kann. Duldungspflichten dagegen können hier in weitem Umfange vorkommen, z. B. bei dem Recht auf den Abschluß eines Beförderungsvertrages mit der Eisenbahn oder Post. Sie sind aber kein Essentiale dieser Rechte. Mittelbar werde ich als Staatsangehöriger und Steuerzahler ja natürlich dadurch berührt, daß sich der Staat zu unentgeltlichen oder doch in keinem Verhältnis zu dem Geleisteten stehenden Leistungen an andere verpflichtet, und man könnte insofern vielleicht von einer Duldungspflicht sprechen. Aber ganz abgesehen davon, daß derartige Folgen in der Regel nur bei unentgeltlichen, nicht bei entgeltlichen Leistungen des öffentlichen Verbandes vorkommen können, ist diese Beziehung im allgemeinen doch eine so lockere, daß man nicht davon sprechen kann, daß dem subjektiven öffentlichen Recht des Individuums auf eine positive Handlung des Staates auch immer eine Duldungspflicht entsprechen muß.[2]) Es gibt vielmehr, wie wir sahen, auch hier subjektive öffentliche Rechte, denen keine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht.

Wir kommen somit zu unserer dritten Gruppe, nämlich den Rechten des Individuums, denen auf seiten des öffentlichen Verbandes eine Duldungspflicht entspricht. Bei den Rechten dieser

---

[1]) vgl. Weber, Weltgeschichte Bd. 13 S. 448 ff.

[2]) z. B. würde dies schon bei den von Staatssteuern Befreiten nicht zutreffen.

Gruppe (Quadrat C) handelt es sich, im Gegensatze zu denen der ersten Gruppe, um die Befugnis zu einer äußeren Willensbetätigung auf einem Gebiete, das mir mit anderen Individuen gemeinsam ist. Mit anderen Worten: Während die Rechtsflächen A der einzelnen Individuen voneinander getrennt waren, fallen die Rechtsflächen C zusammen. Ganz allgemein lassen sich daher auch bei dieser Gruppe alle die verschiedenen subjektiven öffentlichen Rechte des Individuums auf eins zurückführen, nämlich auf das Recht, von dem öffentlichen Verbande die Duldung gewisser Einwirkungen zu verlangen. Da, wenigstens in unseren modernen Staaten, jeder ein solches Recht hat, und da jeder es auf demselben Gebiet ausübt, so ergibt sich, daß diesen subjektiven öffentlichen Rechten auch immer eine Rechtspflicht des Berechtigten, und zwar eine Duldungspflicht, entsprechen muß. Zerlegt man dieses allgemeine Recht jedoch in seine einzelnen Teile, wie wir dies bei unserer ersten Gruppe getan haben, so ergeben sich auch hier mancherlei Abstufungen.

Zu den Rechten dieser dritten Gruppe gehören zunächst die Rechte auf Benutzung der von dem Staate oder den sonstigen öffentlichen Verbänden angelegten öffentlichen Einrichtungen, der Straßen, Plätze, Kanäle, Museen, Kirchen usw.[1] Das Recht des Individuums besteht hier lediglich in der Benutzung, da es kein Recht hat, die Anlegung einer Straße, den Bau eines Kanals oder Museums vom Staate zu fordern. Diesem Recht des Individuums entspricht auf seiten des öffentlichen Verbandes in erster Linie eine Duldungspflicht, während es sich bei Benutzung der Post, Eisenbahn usw. um eine Leistungspflicht handelte. Deshalb haben wir mit v. Dantscher diese Rechte des einzelnen in unserer dritten Gruppe untergebracht.[2] Da nun die hier genannten Rechte prinzipiell jedem zustehen, so ergibt sich, daß auch hier, ebenso wie bei den in unserer ersten Gruppe zuerst genannten Rechten, jedem subjektiven öffentlichen Recht des einzelnen auch immer eine Rechtspflicht des Berechtigten entsprechen muß. Diese Rechtspflicht besteht zunächst in einer Duldungspflicht. Bei Benutzung einer öffentlichen Straße muß ich dulden, daß auch andere sie benutzen. Neben dieser Duldungspflicht kommen bei diesen Rechten aber meist auch noch verschiedene Leistungspflichten vor, beispielsweise die Verpflichtung, rechts zu fahren, nicht stehen zu bleiben u. a. m. Daß außerdem diesem Recht des Berechtigten auch noch Unterlassungspflichten entsprechen können, bedarf kaum einer Erwähnung, da es als selbstverständlich erscheint, daß ich

[1]) v. Dantscher a. a. O. 1. Lief. S. 118/19.
[2]) v. Dantscher a. a. O. S. 118/19.

bei Benutzung eines öffentlichen Parks oder beim Besuche eines Museums die Pflicht habe, Beschädigungen der Anlagen oder der ausgestellten Bilder zu unterlassen.

Die wichtigsten Rechte dieser Gruppe sind jedoch die sogen. politischen Rechte im engeren Sinne,[1]) die in der Befugnis bestehen, als Organ des Staates aufzutreten oder an der Bildung staatlicher Organe mitzuwirken.[2]) Diese Rechte, die schon uralt sind, haben im Laufe der Geschichte merkwürdige Wandlungen durchgemacht. In den orientalischen Despotien und Theokratien besaßen politische Rechte in der Regel nur der Despot oder die Priesterkaste. Der Charakter derartiger Staaten, die ihre Machtbefugnis auf göttliche Einsetzung gründen, bringt dies naturgemäß mit sich, wie dies noch heute das Beispiel der katholischen Kirche zeigt. Im Gegensatz zu diesen Staaten besaßen in Griechenland, Rom und Germanien die einzelnen weitgehende politische Rechte. Auch in den Staaten, an deren Spitze ein Fürst stand, war die Macht desselben meist sehr beschränkt. Die Bildung der meisten staatlichen Organe stand den einzelnen zu, während die Gesetzgebung gewöhnlich bei der allgemeinen Volksversammlung,[3]) d. h. der Gesamtheit der Volksgenossen lag, die hier direkt als Organe des Staates fungierten und infolgedessen in diesem Falle, d. h. bei der Gesetzgebung, kein subjektives Recht ausübten.[4]) Wie wir schon sagten, änderte sich dies mit dem allmählichen Erstarken der Fürstenmacht und infolge der Rezeption des römischen Souveränitätsbegriffes in der ihm von den kleinasiatischen Juristen gegebenen Form.[5]) In der absoluten Monarchie sind die politischen Rechte der einzelnen auf ein Minimum zusammengeschrumpft. Eine Ausnahme in dieser Beziehung bildet vor allem England, aber z. B. auch die im Verhältnis zu der Gesamtzahl der Volksgenossen allerdings sehr geringe Zahl der Reichsstände in Deutschland oder der Landstände in den einzelnen deutschen Territorien. Erst durch die französische Revolution und dann überhaupt im 19. Jahrhundert ist auch diese Gruppe von Rechten des einzelnen wieder sehr erweitert worden. Durch das Wahlrecht in seinen ver-

---

[1]) v. Dantscher versteht unter politischen Rechten in Übereinstimmung mit dem österr. Reichsgericht und in etymologisch richtiger Weise die subjektiven öffentlichen Rechte der Untertanen überhaupt; vgl. auch Jellinek, System S. 136.

[2]) v. Stengel, Wörterb. S. 179.

[3]) vgl. v. Sybel, Entstehung des deutschen Königtums S. 241: „Das alte Königtum charakterisiert sich durch seine Machtlosigkeit, es ist nichts als eine vollziehende Behörde für die Beschlüsse der souveränen Volksgemeinde“.

[4]) Dagegen war das Recht zur Teilnahme an der Volksversammlung auch in diesen Staaten ein subjektives öffentliches Recht des einzelnen.

[5]) vgl. auch Chamberlain, Grundlagen Bd. 1 S. 150ff.; sowie v. Sybel a. a. O. S. 149, 343ff. und besonders S. 351.

schiedenen Formen und Arten ist in unseren modernen Staaten den Untertanen die Möglichkeit gegeben, an der Bildung nicht nur der gesetzgebenden, sondern auch der richterlichen und verwaltenden Organe mitzuwirken, indem diese entweder vollständig oder doch wenigstens zu einem Teile aus Wahlen der einzelnen hervorgehen. Es geht u. E. nicht an, dem Wahlrecht mit Laband[1]) den Charakter eines subjektiven öffentlichen Rechts abzusprechen. Daß das Wahlrecht häufig hinter anderen Pflichten zurücktreten muß, da der Dienstbote, Arbeiter, Beamte kein Recht darauf hat, vom Dienste beurlaubt zu werden, um dies Recht ausüben zu können, nimmt ihm noch nicht den öffentlichen Charakter eines subjektiven öffentlichen Rechts. Genau dasselbe kommt, wie Jellinek treffend ausführt,[2]) auch bei Privatrechten vor, da auch dem Dienstboten, der Eigentümer eines Bauerngutes ist, vom Staate kein Recht gewährt wird, zur Ausübung seines Eigentums den Dienst beliebig einzustellen. Andererseits ist es allerdings richtig, daß man von dem Vorliegen eines solchen subjektiven öffentlichen Rechtes dann nicht sprechen kann, wenn der einzelne bei der Ausübung dieses Rechtes direkt als Organ eines öffentlichen Verbandes auftritt. Dann handelt es sich nicht um ein subjektives Recht des einzelnen, sondern vielmehr um ein Recht des öffentlichen Verbandes, das durch das betreffende Organ ausgeübt wird. Deshalb kann es, wie v. Dantscher treffend ausführt,[3]) in der absoluten Monarchie, sowie in der unmittelbaren Demokratie kein subjektives Recht des einzelnen geben, an der Bildung der gesetzgebenden Gewalt mitzuwirken. Das gesetzgebende Organ ist in der absoluten Monarchie der Monarch und in der unmittelbaren Demokratie sind es die stimmberechtigten Bürger. Diese üben das Recht der Gesetzgebung lediglich als Organe des Staates aus, aber nicht als ihr eigenes. Anders in der repräsentativen Monarchie und Demokratie. Das Recht des einzelnen besteht hier, wie schon oben bemerkt, in der Befugnis, an der Bildung der gesetzgebenden Organe mitzuwirken.[4]) Hier handelt der einzelne nicht als Organ des Staates, da bei derartigen Staatsformen ja gar nicht das unorganisierte Volk der Inhaber der gesetzgebenden Gewalt ist.[5]) Träger der gesetzgebenden Gewalt ist hier vielmehr die aus den Wahlen des Volkes

---

[1]) Laband, Staatsrecht Bd. 1 § 34 S. 285ff., besonders Abschn. 7 S. 306; vgl. dagegen die Ausführungen von Jellinek, System S. 159ff.; v. Stengel, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 199; sowie Otto Mayer Bd. 1 S. 114 Anm. 21.

[2]) System S. 137 Anm. 4.

[3]) v. Dantscher a. a. O. 1. Lief. S. 93ff.

[4]) Otto Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 114 Anm. 21.

[5]) v. Dantscher 1. Lief. S. 94.

hervorgegangene gesetzgebende Versammlung, wobei es gleichgültig ist, ob ihr allein oder nur in Verbindung mit anderen Organen des Staates diese Befugnis zusteht. Wollte man nämlich das Volk als den prinzipiellen Träger der gesetzgebenden Gewalt auffassen, so würden die Abgeordneten nur Mandatare ihrer Wähler und infolgedessen an deren Instruktion gebunden sein, eine Konsequenz, die der Wirklichkeit vollständig widerspricht.[1] Häufig wird nun auch das sogen. passive Wahlrecht, wie schon aus dem Namen selbst hervorgeht, als subjektives öffentliches Recht bezeichnet. Dies ist jedoch falsch. Wie Jellinek treffend ausführt,[2] handelt es sich hier nur um eine abstrakte Fähigkeit. Zu dieser Fähigkeit, gewählt zu werden, muß vielmehr noch ein zweites hinzukommen, um ein subjektives, öffentliches Recht zu erzeugen, nämlich die Wahl selbst. Durch diese erwirbt der Gewählte einen Anspruch darauf, als staatliches Organ anerkannt zu werden, oder mit anderen Worten, der Staat muß es dulden, daß das betreffende Individuum als sein Organ auftritt, wobei es ohne Belang ist, ob der Gewählte diese Organtätigkeit zusammen mit anderen, z. B. als Kammermitglied oder aber selbständig als Richter, Verwaltungsbeamter oder aber gar als Präsident einer Republik ausübt. Diese Duldungspflicht besteht für den Staat und für die sonstigen öffentlichen Verbände aber nicht nur gegenüber den Gewählten, sondern auch gegenüber zahlreichen anderen Individuen, denen entweder durch die Verfassung oder durch einen besonderen Akt der Staatsgewalt das Recht verliehen ist, als Organe des Staates zu fungieren. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß die einzelnen in Ausführung eines derartigen Amtes vorgenommenen Handlungen Organtätigkeit und kein subjektives öffentliches Recht des Individuums sind. Dieses besteht vielmehr, wie schon erwähnt, in dem Anspruch auf Anerkennung der in Ausübung dieses Amtes vorgenommenen Handlungen, wobei sich von selbst versteht, daß der Anspruch auf Anerkennung zugleich auch den Anspruch enthält, bei der Ausübung des Amtes nicht gehindert zu werden. Ein solches verfassungsmäßiges Recht besitzt vor allem der Herrscher, ferner z. B. die mit erblicher Kammermitgliedschaft ausgestatteten Verbände, sowie die Eigentümer gewisser Grundstücke, an deren Besitz das Recht auf einen Sitz in der Kammer geknüpft ist. Auf Grund der Städteordnung[3] und der Landgemeindeordnung[4] die Stadt- und Landgemeinden hinsichtlich

---

[1]) v. Dantscher 1. Lief. S. 101 ff.

[2]) Jellinek, System S. 141; v. Dantscher 1. Lief. S. 97, sowie S. 102 ff.; G. Meyer, Staatsrecht S. 312.

[3]) StO. v. 30. 5. 1853 (preuß. GS. S. 261).

[4]) LGO. v. 3. 7. 1891 (preuß. GS. S. 233 § 5).

der Verwaltung ihrer Angelegenheiten, die Besitzer von Gutsbezirken in betreff der Ausübung polizeilicher Funktionen[1]) usw. Aber auch das aus besonderem Vertrauen vom König berufene Kammermitglied hat ein subjektives öffentliches Recht darauf, als Organ des Staates oder sonstigen öffentlichen Verbandes zu fungieren, und ebenso besteht für den Beamten ein subjektiver Anspruch auf Anerkennung als Staatsdiener.[2])

Wenn wir uns nun wieder die Frage vorlegen, ob einem solchen subjektiven, öffentlichen Rechte auch immer eine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht, so kommen wir hier zu demselben Resultat wie bei unseren bisherigen Erörterungen.

Stehen derartige Rechte prinzipiell jedem zu, wie dies z. B. bei dem auch auf Frauen ausgedehnten allgemeinen Stimmrecht der Fall ist, wie es in Neu-Seeland, Süd-Australien und einigen Staaten der Union oder, wenn auch in beschränktem Umfange in den preußischen Landgemeinden existiert, so muß einem solchen Recht, ganz abgesehen von sonstigen Pflichten, auch immer eine rechtliche Duldungspflicht entsprechen, indem ich dulden muß, daß auch andere dies Recht ausüben. Den Rechten dagegen, die nur einzelnen Klassen der Bevölkerung oder doch wenigstens einer Mehrzahl von Personen zustehen, wie z. B. das an die Geburt oder das Geschlecht gebundene Wahlrecht, entspricht ebenso, wie denen der Kategorie b unserer ersten Gruppe keine besondere Rechtspflicht, sondern nur die allgemeine Duldungspflicht, die auch für die besteht, welche nur die politischen Rechte der ersten Kategorie besitzen. Entsprechend den unter c zusammengefaßten Rechten unserer ersten Gruppe existiert schließlich auch für die Besitzer politischer Einzelrechte eine Duldungspflicht nur hinsichtlich der ersten beiden Kategorien, dagegen nicht gegenüber den Rechten der dritten Kategorie, da hier der einzelne der alleinige Besitzer des betreffenden Rechtes ist und daher nicht zu dulden braucht, daß auch andere dieses Recht ausüben. Der König, der Präsident einer Republik, der Bischof und der Gemeindevorsteher, sie alle haben ein subjektives öffentliches Recht darauf, als oberstes Organ des betreffenden öffentlichen Verbandes anerkannt zu werden, d. h. nicht nur jene öffentlichen Verbände, sondern auch die einzelnen Angehörigen jener Verbände müssen es dulden, daß jene Personen

---

[1]) Jellinek, System S. 142.

[2]) Dagegen besteht für den Beamten nach richtiger Ansicht kein Recht auf das Amt; vgl. hierüber Jellinek, System S. 180; G. Mayer, Staatsrecht § 150 S. 529; Laband, Staatsrecht a. a. O. Bd. 1 § 49 S. 464; a. M.: O. Mayer, Deutsches VerwR. Bd. 2 S. 225 und Arch. für öffentl. Recht Bd. 3 S. 85, sowie Seuffert, Vom Verhältnis des Staates und der Diener des Staates a. a. O. S. 25 ff.

als höchste Organe des betreffenden Verbandes auftreten. Der Charakter der Rechte dieser letzten Kategorie, die für den öffentlichen Verband von so großer Bedeutung sind, bringt es mit sich, daß ihnen, wenigstens in der Regel, auch eine Leistungspflicht entspricht, indem die Betreffenden nicht nur berechtigt, sondern zugleich auch verpflichtet sind, als Organe des öffentlichen Verbandes aufzutreten. Dies gilt aber keineswegs allgemein. Der Thronfolger z. B. hat einen Anspruch auf die Erwerbung der Krone,[1] er ist aber nach den meisten Verfassungen zur Annahme nicht verpflichtet.[2] Hat er sie allerdings angenommen, dann besteht für ihn, solange er sie trägt, entsprechend dem Recht auf Anerkennung als Herrscher meist auch eine ganze Reihe von allerdings nicht erzwingbaren Rechtspflichten,[3] so vor allem die Rechtspflicht, die Staatsgewalt auszuüben. Auch bei den politischen Rechten der ersten und zweiten Kategorie existieren nicht selten Leistungspflichten für die Betreffenden. So besteht für Belgien seit 1893 eine durch Geldbußen, Streichung aus den Wahllisten, Entziehung der staatlichen und kommunalen Ämterfähigkeit erzwingbare Wahlpflicht.[4] Fast stets entsprechen ferner dem durch den Staatsdienstvertrag erworbenen Recht des Beamten auf Anerkennung als Staatsdiener auch Leistungspflichten.[5] Notwendig ist dies jedoch nicht. Der Beamte, der noch kein Amt besitzt, und in gleicher Weise der zur Disposition gestellte haben, ebenso wie der Kleriker ohne jurisdictio, keine Leistungspflichten, die ihrem Recht auf Anerkennung als Staats bezw. Kirchendiener entsprechen.[6] Auch dem Wahlrecht entspricht in den meisten Staaten keine Wahlpflicht, dem erblichen Recht auf Sitz in einer Kammer keine Pflicht zur Ausübung dieses Rechts.

Wir kommen deshalb auch hier zu demselben Ergebnis wie bei unserer ersten Kategorie. Es entspricht dem subjektiven

---

[1]) vgl. Reidelhuber, Hausrecht und Staatsrecht in bezug auf die Thronfolge S. 14 ff.

[2]) vgl. Jellinek, System S. 340 ff.; Abraham, Lehre vom Thronverzicht a. a. O. S. 40 ff. und die dort angegebene Literatur. Anders in einzelnen kleinen Bergkantonen der Schweiz mit republikanischer Verfassung, wo allerdings ein Zwang zur Annahme der Präsidentschaft besteht; vgl. Bluntschli, Allgem. Staatsrecht Bd. 2 Kap. 11 Anm. 1 S. 56.

[3]) vgl. Bluntschli, Allgem. Staatsrecht a. a. O. S. 4: „Der Regent ist nicht bloß berechtigt, er ist gleichmäßig auch verpflichtet, zu regieren, ebenso der Richter zu richten".

[4]) Jellinek, System S. 140 Anm. 1.

[5]) vgl. hierüber Laband, Staatsrecht Bd. 1 § 47 S. 427 ff.; G. Meyer, Staatsrecht § 150 S. 529; Rosin, Annalen 1893 a. a. O. S. 299, 1884 a. a. O. S. 565 ff.; Rehm, Annalen 1885 a. a. O. S. 146 ff.; Jellinek, System S. 177 ff., sowie die in diesen Büchern angegebene Literatur.

[6]) Jellinek, System S. 180—183.

öffentlichen Recht, von dem Staate oder sonstigen Verbande ein Dulden verlangen zu können — da es sich hier um ein Recht handelt, das wenigstens in unseren modernen Staaten prinzipiell jeder besitzt —, auch immer die Pflicht zu dulden, daß auch andere dies Recht ausüben. Betrachtet man jedoch die verschiedenen Rechte dieser Gruppe einzeln, so bleibt zwar, abgesehen von etwaigen besonderen Pflichten, diese allgemeine Duldungspflicht bestehen, sie ist jedoch für die Inhaber von politischen Vorrechten nicht größer als für alle anderen, und für die Besitzer von politischen Einzelrechten sogar kleiner als für die übrigen. Man wird deshalb zum mindesten von den Rechten der zweiten und dritten Kategorie nicht sagen können, daß bei ihnen dem subjektiven öffentlichen Recht auch immer eine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht. Die Existenz einer solchen Pflicht werden wir vielmehr in allen den Fällen zu leugnen haben, wo eine Leistungspflicht fehlt.

Wir haben damit unsere Untersuchung der subjektiven öffentlichen Rechte der einzelnen vollendet. Die Aufgabe des folgenden wird es sein, nunmehr noch kurz die subjektiven, öffentlichen Rechte der öffentlichen Verbände zu untersuchen und zu prüfen, ob sich auch hier ähnliche Verhältnisse finden, wie bei den subjektiven, öffentlichen Rechten des einzelnen.

Subjektive öffentliche Rechte können dem öffentlichen Verbande gegenüber einzelnen Individuen, sowie gegenüber anderen öffentlichen Verbänden zustehen. Es soll daher zunächst bei den Rechten des öffentlichen Verbandes gegenüber den einzelnen, und sodann bei den Rechten der öffentlichen Verbände gegeneinander untersucht werden, ob den subjektiven öffentlichen Rechten auch immer eine Rechtspflicht des berechtigten öffentlichen Verbandes entspricht. Die einzelnen Rechte selbst wollen wir wieder nach den Rechtspflichten einteilen, die ihnen auf seiten des anderen Teils entsprechen, also in Rechte auf ein Unterlassen, Handeln, Dulden.

Betrachtet man die verschiedenen subjektiven öffentlichen Rechte des Staates im Zusammenhang, so zeigt sich, daß sie sich alle auf ein einziges zurückführen lassen, nämlich auf das Recht des Staates, von seinen Untertanen Gehorsam zu fordern.[1]) Die Gehorsamspflicht der Untertanen ist eine dreifache. Sie besteht einmal in der Pflicht, die Rechtssphäre des Staates zu achten, d. h. der Untertan hat es zu unterlassen, die ihm persönlich vom Staate gewährte Rechtssphäre, also die Quadrate A—C zu überschreiten und dadurch die Gesetze zu verletzen. Er ist ferner verpflichtet,

---

[1]) Jellinek, System S. 197.

den Forderungen des Staates auf positive Handlungen nachzukommen. Schließlich muß er sich auch, natürlich im Rahmen des Gesetzes, Eingriffe in seine eigene Rechtssphäre gefallen lassen. Dieser Gehorsamspflicht der Untertanen entspricht auf seiten des Staates, dessen Aufgabe es ist, das Gemeininteresse zu vertreten, die Pflicht — natürlich immer nur innerhalb der verfassungs- und gesetzmäßigen Schranken —, Gehorsam von den Untertanen nur zu verlangen, wenn und insoweit es das Gemeininteresse erfordert. Nur „um dieser seiner höchsten Pflicht willen besitzt er alle seine Rechte“.[1])

Es besteht deshalb für ihn die Rechtspflicht, einen willkürlichen Gebrauch dieser seiner Gewalt zu unterlassen. Diese Rechtspflicht ist gegenüber den unteren Staatsorganen in unseren modernen Staaten auch zu einer rechtlich durchsetzbaren gemacht,[2]) während gegenüber den höchsten staatlichen Organen eine solche Erzwingbarkeit natürlich fehlt. Für die Beantwortung unserer Frage ist es jedoch wichtig, nicht bei diesem allgemeinen Recht des Staates und der ihm entsprechenden Pflicht stehenzubleiben, wir müssen vielmehr auch hier die einzelnen Rechte des Staates, die sich als Ausflüsse dieses Gesamtrechts darstellen, untersuchen.

Da der öffentliche Verband den Individuen als einziges Rechtssubjekt gegenübersteht, so ergibt sich, daß hier die Abstufungen in den Rechten ebenso wie in den diesen Rechten entsprechenden Rechtspflichten nicht vorkommen können, wie dies bei den subjektiven öffentlichen Rechten der einzelnen der Fall war. Daraus folgt, daß dem Recht des Staates bezw. öffentlichen Verbandes, von seinen Angehörigen Unterlassung fordern zu können, auch immer eine staatliche Unterlassungspflicht entspricht. Die Untertanen haben die Pflicht, die Rechtsordnung zu achten. Da aber, wie schon wiederholt ausgeführt, alles Recht Beziehung von Rechtssubjekten ist, so setzt das staatliche Recht auf Anerkennung seiner eigenen Rechtssphäre auch die Anerkennung des einzelnen als Rechtssubjekt voraus. Erst durch diese Anerkennung wird das Machtverhältnis zu einem Rechtsverhältnis. Das unterschied ja, wie wie wir sahen, das Recht von der Willkür, daß beim Recht der Gebietende auch selbst an die von ihm gegebene Norm gebunden sein will. Dem Recht des Staates, von seinen Untertanen Unterlassung einer jeden Verletzung der Rechtsordnung fordern zu können, entspricht daher auch immer die Rechtspflicht des berech-

---

[1]) Jellinek, System S. 200.

[2]) Allerdings meist nur indirekt, indem der Beamte, der sich eine willkürliche Amtshandlung hat zuschulden kommen lassen, ohne dabei gegen die Straf- oder Zivilgesetze zu verstoßen, auf Anzeige des Verletzten disziplinarisch bestraft wird; vgl. auch Jellinek, System S. 202/03.

tigten Staates, jede Verletzung des Gesetzes, solange es besteht, zu unterlassen.

Anders ist dies bei dem Recht des Staates bezw. öffentlichen Verbandes auf positive Handlungen seitens der ihm Untergebenen.

Diese Handlungen können, wie oben näher ausgeführt, in persönlichen oder Sachleistungen bestehen, sie können alle Angehörigen des betreffenden öffentlichen Verbandes treffen oder auch nur einen mehr oder weniger großen Teil. Der Entstehungsgrund für derartige Rechte des öffentlichen Verbandes kann ein doppelter sein. Einmal kann der Staat kraft seiner Herrschergewalt dem Individuum positive Handlungen befehlen,[1] z. B. die Erfüllung der Militärpflicht, die Verrichtung der Dienste eines Schöffen oder Geschworenen, die Bezahlung von Steuern, die Hergabe von Grundstücken usw. Er kann aber auch die Form des Vertrages anwenden, um sich jene Dienstleistungen der ihm Untergebenen zu verschaffen. Solche Verträge kommen vor allem auf dem Gebiete des Privatrechts vor, trotzdem der Staat als Fiskus, d. h. „als Subjekt von vermögensrechtlichen Rechten und Pflichten",[2] natürlich genau so ein Imperium über die ihm Untergebenen hat wie auf den anderen Gebieten seiner Tätigkeit.[3]) Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts wendet er die Form des Vertrages dagegen in der Regel dann an, wenn dieser Weg allein schon genügt, da es auch für den Herrschenden angenehmer ist,

---

[1]) v. Stengel, Wörterb. Artikel „Vertrag" S. 706.

[2]) Jellinek, System S. 60 u. die dort angeführte Literatur.

[3]) Häufig wird allerdings der Ausdruck „Fiskus" enger gefaßt und darunter nur der Staat als Subjekt von privatrechtlichen Vermögensrechten und Pflichten bezeichnet (vgl. z. B. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. 4 S. 332; Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. 2 S. 695 sowie die bei Jellinek, System a. a. O. S. 60 und bei G. Meyer, Lehrb. d. deutschen VerwR. a. a. O. Bd. 2 § 238 Anm. 2 S. 177 angegebene Literatur). Dem Sprachgebrauch entspricht diese enge Fassung jedoch nicht (vgl. z. B. Steuerfiskus). Hier wird vielmehr der Ausdruck Fiskus auch vom Staate als dem Inhaber der Staatsgewalt gebraucht. Da andrerseits neuere Gesetze (vgl. z. B. Art. 103 u. 114 EG. z. BGB.) in Fällen, wo es sich um rein privatrechtliche Vermögensrechte handelt, vom Staat als „Staat" und nicht als „Fiskus" sprechen (a. M. Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im BGB. a. a. O. S. 435), so erscheint es uns zweckmäßiger, den Ausdruck Fiskus hier nicht in seiner engeren Fassung zu gebrauchen. Festzuhalten ist aber, daß der Staat auch auf vermögensrechtlichem Gebiet als Gesetzgeber genau so souverän ist wie auf den anderen Gebieten seiner Tätigkeit, daher könnte der Staat, wie v. Stengel, Verwaltungsgerichtsbarkeit a. a. O. S. 193 richtig bemerkt, es auch „gesetzlich aussprechen, daß es ihm gegenüber keine Privatrechte gebe". Vertreter der hier zugrunde gelegten weiteren Auffassung von „Fiskus" sind besonders Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht Bd. 2 S. 402/03; G. Meyer, Lehrb. des deutschen VerwR. Bd. 2 § 248 S. 177, bes. Anm. 2; derselbe, Lehrb. des deutschen Staatsrechts § 201 Anm. 2; v. Stengel, Verwaltungsgerichtsbarkeit a. a. O. S. 193; Jellinek, System a. a. O. S. 60, bes. Anm. 1, sowie S. 209.

das von ihm Verlangte freiwillig und gern, anstatt widerwillig und gezwungen zu bekommen,[1]) sowie ferner, wenn er sich Dienste verschaffen will, die sich nicht befehlen lassen.[2])

Treue und Hingebung des Individuums lassen sich nicht erzwingen, sie müssen freiwillig gewährt werden. Deshalb schließt der Staat in allen den Fällen, wo diese sittliche Grundlage für die Leistung der Dienste von entscheidender Bedeutung ist, Verträge mit dem einzelnen ab. Auf einem solchen Vertrage beruht die Begründung des Staatsdienstverhältnisses,[3]) die Übernahme

---

[1]) vgl. Seydel, Grundzüge a. a. O. S. 51: „Wo der Herrscher annehmen kann, daß er auf dem Wege freiwilligen Übereinkommens sich genügende Leistungen für das allgemeine Interesse sichern werde, wird er keine gesetzliche Verbindlichkeit aufstellen, sondern dem Vertrage Spielraum lassen".

[2]) Jellinek, System S. 208 ff.

[3]) Die Ansichten über die rechtliche Natur des Staatsdienstes sind sehr verschieden. Zunächst ist hier auf den großen Unterschied hinzuweisen, der zwischen dem Staatsdienerrecht der einzelnen Staaten besteht. So hat, wie v. Stein (Verwaltungslehre a. a. O. S. 347) treffend bemerkt, „England eigentlich gar kein Staatsdienerrecht, Frankreich ... nur Staatsdienerverpflichtungen, und erst Deutschland ist die Heimat eines organisch gestalteten und ethisch so hoch stehenden Beamtentums, daß dasselbe ... mit keinem anderen der Welt zu vergleichen ist". Aber auch über die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht herrscht in der Theorie keineswegs Einigkeit. Nach der einen Theorie, als deren Vertreter in erster Linie Gönner (Der Staatsdienst a. a. O.), Zachariae a. a. O. Bd. 2 § 135 S. 27; v. Gerber, Grundzüge a. a. O. § 37 S. 121; Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches a. a. O. Bd. 1 S. 231 II; G. Meyer, Staatsrecht a. a. O. § 143 S. 497 ff.; v. Dantscher a. a. O. 1. Lief. S. 54 Anm. 24 (dort sowie bei G. Meyer a. a. O. Anm. 18 S. 501 ausführliche weitere Literaturangaben) zu nennen sind, beruht das Beamtenverhältnis auf einem einseitigen Staatsakt. Nach Laband, Staatsrecht a. a. O. Bd. 1 § 44 S. 406 ff.; v. Seydel, Grundzüge a. a. O. S. 61; Gareis, Allgem. Staatsrecht a. a. O. Bd. 1 Abt. 1 § 64 S. 165 und anderen wird dagegen das Staatsdienstverhältnis durch einen öffentlichrechtlichen Vertrag begründet, während es sich inhaltlich als ein Gewaltverhältnis darstellt. Eine dritte Theorie schließlich, die Theorie des gemischten Vertrages, nimmt einen aus öffentlichem und privatem Recht gemischten Vertrag an. Der Hauptvertreter dieser Ansicht ist Rehm (Die rechtliche Natur des Staatsdienstes a. a. O., Annalen 1884 u. 1885, bes. § 53 S. 155 u. § 56 S. 173). Nach unserer Auffassung ist die von Laband, Seydel, Gareis usw. vertretene Theorie die allein richtige. Sie ermöglicht, im Gegensatz zu der ersten Theorie, eine scharfe Scheidung zwischen Staatsamts- und Staatsdienstverhältnis, zwischen berufsmäßigen Offizieren und Kapitulanten z. B., die alle ihren Dienst freiwillig leisten, einerseits und zwischen Reserve-, Landwehroffizieren und Gemeinen andrerseits, die nur einer gesetzlichen Verpflichtung nachkommen (vgl. Rehm a. a. O., Annalen 1885 S. 129/30). Rehm dagegen kommt unseres Erachtens zu seiner gemischten Theorie infolge seiner nicht ganz scharfen Scheidung zwischen dem Privat- und öffentlichen Recht. Er verwirft eine Scheidung auch im formalen Sinne und sucht die Grenze lediglich unter dem materiellen Gesichtspunkte des überwiegenden Interesses durchzuführen (vgl. Rehm, Annalen 1885 a. a. O. S. 89, bes. S. 91 sowie oben S. 13/14). In Wirklichkeit wird jedoch das öffentliche Interesse keineswegs immer durch das öffentliche Recht und das Privatinteresse durch das Privatrecht geschützt (vgl. Leuthold, Annalen 1884 a. a. O.

der Präsidentschaft einer Republik oder der Stellung eines Kammermitgliedes, sofern nicht etwa eine Verpflichtung zur Übernahme besteht.[1])

Natürlich sind entsprechend der Begründung derartiger Rechte auf positive Handlungen der Untertanen auch die Pflichten verschieden, die diesen Rechten auf seiten des berechtigten Staates entsprechen. Den Rechten der ersten Kategorie entspricht, abgesehen von der allgemeinen Pflicht des Staates oder öffentlichen Verbandes, solche Leistungen nur im Gemeininteresse zu verlangen und zu verwenden, in der Regel keine Rechtspflicht des Berechtigten. Es sei nur an das Recht auf die Bezahlung von Steuern erinnert. Doch ist es andererseits sehr wohl möglich, daß auch bei diesen auf einem Befehl beruhenden Leistungsrechten eine Rechtspflicht für den Berechtigten besteht, wie dies z. B. bei der Militärpflicht der Fall ist, wo der Staat für denUnterhalt der zur Leistung Verpflichteten zu sorgen hat. Bei den durch Vertrag begründeten Rechten des öffentlichen Verbandes wird eine entsprechende Rechtspflicht wohl stets vorhanden sein. Zwar ist es nicht notwendig, daß der Staat dem ihm auf Grund eines Vertrages zur Leistung von Diensten Verpflichteten auch immer ein Einkommen gewährt.[2]) Es sei nur an die zahlreichen unbesoldeten Staatsbeamten erinnert, die staatliche Geschäfte besorgen, ohne dafür vom Staate bezahlt zu werden. In solchen Fällen würde für den Staat dann aber immer noch die Verpflichtung bestehen, den Beamten in der Ausübung seiner Dienstpflicht zu schützen.[3]) Dagegen könnten solche Rechte des Staates, denen auf seiner Seite keine Rechtspflicht entsprechen würde, bei Verträgen über Naturalleistungen vorkommen, wie sie v. Stengel in seinem Wörterbuch anführt,[4]) wo mehrere zur Unterhaltung und Räumung eines Gewässers verpflichtete Uferbesitzer oder mehrere zur Herstellung und Unterhaltung eines

---

S. 346 ff.). Nach unserer Definition des öffentlichen Rechts dagegen kann es sich bei der Begründung des Staatsdienstverhältnisses lediglich um ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis handeln, da hier ein Rechtsverhältnis vorliegt, in dem notwendigerweise ein öffentlicher Verband als Rechtssubjekt steht.

[1]) Laband, Staatsrecht Bd. 1 § 45 S. 418 ff.; Jellinek, System S. 209. Der Umstand, daß es Fälle gibt, in denen die einzelnen zur Übernahme derartiger Ämter verpflichtet sind, widerspricht nicht der oben aufgestellten Behauptung, daß sich Treue und Hingebung nicht befehlen lassen. Es zeigt vielmehr lediglich, daß in diesen Fällen der betr. öffentliche Verband ein größeres Interesse daran hat, daß ihm derartige Dienste überhaupt, als daß sie ihm mit Treue und Hingebung geleistet werden.

[2]) Laband Bd. 1 § 44 S. 406 u. § 49 S. 464; Jellinek, System S. 212.

[3]) Laband Bd. 1 § 49 S. 464 ff.; Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes, Annalen 1885 § 40 S. 102 ff.

[4]) v. Stengel, Wörterb. Artikel „Vertrag“ S. 706.

öffentlichen Weges verpflichtete Gemeinden sich mit Genehmigung der zuständigen Behörde darüber einigen, wie sie die Last unter sich zu verteilen haben. Wir sind jedoch geneigt, derartigen Übereinkommen den Charakter von öffentlichen Verträgen abzusprechen, und möchten sie lieber mit Jellinek[1]) als einseitige an die Einwilligung der zu Verpflichtenden gebundene Verwaltungsakte bezeichnen, ähnlich der Erteilung einer Konzession oder der Genehmigung einer Bitte.

Neben der obengenannten Schutzpflicht, zu der wenigstens in der Regel auch noch eine Leistungspflicht hinzutritt, bestehen für den Staat entsprechend seinem Recht auf positive Handlungen der ihm Untergebenen häufig auch noch Duldungspflichten, indem die Art der betreffenden Leistung es häufig mit sich bringt, daß der Staat dem einzelnen bei der Wahl der Mittel freie Hand lassen muß. Es ist allerdings richtig, wie Jellinek treffend ausführt,[2]) daß der „Begriff des subjektiven Rechts auf alle wie immer gearteten Funktionen staatlicher Organe unanwendbar ist“. Hier handelt es sich nur um staatliche Kompetenz, d. h. um die Ausübung eines subjektiven öffentlichen Rechts des Staates, nicht des einzelnen Organs. Dieser Satz ist am vollendetsten durchgeführt in der absoluten Monarchie, wo alle Handlungen der unteren Organe durch den Willen der höheren bezw. des höchsten Organs aufgehoben werden können. Er gilt aber auch heute noch ganz allgemein nicht nur in allen bureaukratisch organisierten Behörden,[3]) sondern auch von den Handlungen aller anderen staatlichen Organe. Denn auch in den Fällen, wo der Staat seinen Organen weitgehende Freiheit in der Wahl der Mittel zur Durchführung der staatlichen Aufgaben läßt, wie z. B. den Gemeinden hinsichtlich der ihnen direkt übertragenen staatlichen Aufgaben sowie manchen Regierungsbeamten, treten dieselben bei der Ausführung der einzelnen Funktionen doch stets als Staatsorgane auf. Ihr subjektives öffentliches Recht besteht aber hier darin, daß sie unter den verschiedenen Mitteln, die ihnen zur Verwirklichung des staatlichen Zweckes zur Verfügung stehen, eins auswählen können, ebenso wie sie in der Regel die Entscheidung darüber haben, ob ein Mittel überhaupt anzuwenden ist oder nicht. Nicht die Ausübung einer derartigen Tätigkeit, sondern

---

[1]) System S. 221.

[2]) System S. 233ff.

[3]) d. h. Behörden mit einheitlicher Spitze, bei denen alle Fäden in einer Hand zusammenlaufen. Hier sind, im Gegensatz zu den kollegialisch organisierten Behörden, die anderen Mitglieder nur beratende und ausführende Gehilfen.

die Wahl des Mittels ist daher unseres Erachtens das subjektive öffentliche Recht der mit einer solchen Befugnis ausgestatteten Staatsorgane. In allen den Fällen also, wo der Staat den ihm zur Leistung Verpflichteten eine solche Wahlfreiheit eingeräumt hat, besteht für ihn daher auch die Pflicht, die Vornahme dieser Wahl zu dulden.

Wir kommen nunmehr zu den subjektiven öffentlichen Rechten des Staates bezw. öffentlichen Verbandes, denen auf seiten der Untertanen eine Duldungspflicht entspricht. Wir haben schon oben ausgeführt, daß der Staat den Individuen eine mehr oder weniger große staatsfreie Sphäre überläßt. Diese Rechtssphäre ist für den Staat jedoch keineswegs unantastbar. Auf Grund der Gesetze ist er unter den verschiedensten Voraussetzungen zu Eingriffen in diese dem einzelnen gewährte Rechtssphäre ermächtigt. Für das römische Recht hat dies v. Jhering an der patria potestas und dem Vermögensrecht in vortrefflicher Weise gezeigt.[1]) In unseren modernen Staaten aber sind die Fälle, in denen der Staat zu solchen Eingriffen berechtigt ist, außerordentlich vermehrt worden. In die Erziehung der Kinder, die Regelung der Arbeitszeit, die Wohn- und Arbeitsverhältnisse greift der Staat in weitgehendem Maße ein, ganz zu schweigen von dem schärfsten derartigen Eingriff, der Enteignung.

Der Staat ist aber nicht nur berechtigt, die Rechtssphäre des einzelnen zu beschränken, er kann sie auch erweitern. Auch hier handelt es sich um eine Duldungspflicht des Untertanen. Dieser wird im allgemeinen nicht darnach gefragt, ob er mit einer solchen Erweiterung seiner Rechtssphäre auch einverstanden ist. Durch die Einführung von Laienrichtern wurde die Rechtssphäre des einzelnen zweifellos erweitert, indem der einzelne unter gewissen Voraussetzungen ein Recht auf staatliche Anerkennung als Richter erhielt. Durch dasselbe Gesetz wurde aber auch die Verpflichtung zur Übernahme derartiger Ämter konstituiert, und es hängt daher von dem Empfinden des einzelnen ab, ob er diesen staatlichen Eingriff in seine Rechtssphäre als Verleihung von Rechten oder als Auferlegung von Pflichten oder auch als beides auffaßt. Das höchste Recht des Staates in dieser Beziehung aber ist die Befugnis zu Änderungen der Rechtsordnung. Wir haben schon oben ausgeführt, daß die Voraussetzungen, unter denen solche Veränderungen statthaft sind, in den einzelnen Staaten verschieden sein können. Wir erkannten aber andererseits, daß die Natur des Staates die Zuerkennung dieses Rechts erforderte. Wenn wir uns nun fragen, ob diesem Recht des Staates auch immer eine

[1]) Zweck im Recht Bd. 1 S. 515 ff.

Rechtspflicht entspricht, so ist die Frage prinzipiell zu verneinen. Daß der Staat nur auf Grund eines Gesetzes oder einer verfassungsmäßigen Änderung der Gesetze zu solchen Eingriffen berechtigt ist und daher jeden ungesetzlichen Eingriff zu unterlassen hat, entspricht nicht diesem Recht, sondern den Rechten der ersten Kategorie. Dies schließt natürlich nicht aus, daß dem Staat in vielen Fällen durch das Gesetz die Erfüllung gewisser Pflichten auferlegt wird, z. B. wenn er auf Grund des § 1666 BGB. den Eltern die Erziehung der Kinder entzieht und infolgedessen verpflichtet wird, nun seinerseits für deren Erziehung zu sorgen. In der Regel aber wird, wie schon bemerkt, diesem Recht des Staates keine Rechtspflicht entsprechen.

Wenn wir daher die Rechte des Staates gegenüber den einzelnen noch einmal kurz zusammenfassen, so ergibt sich, daß dem Recht des Staates bezw. öffentlichen Verbandes auf Unterlassung stets auch eine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht, während bei den Rechten auf ein positives Handeln oder Dulden eine entsprechende Pflicht des Staates bezw. öffentlichen Verbandes nicht vorhanden zu sein braucht.

Wenn wir uns nunmehr den subjektiven öffentlichen Rechten der öffentlichen Verbände untereinander zuwenden, so ist hier ein tiefgreifender Unterschied hinsichtlich der Stellung zu beachten, die sie zueinander einnehmen. Während einige von ihnen sich als prinzipiell gleichberechtigt gegenüberstehen, besteht bei anderen eine weitgehende Unterordnung, indem alles Recht, das sie besitzen, auf Anerkennung bezw. Verleihung durch den ihnen übergeordneten öffentlichen Verband beruht. Wir rechnen zu den Verbänden der letzten Art in unseren modernen Staaten vor allem die Gemeinden, die sonstigen kommunalen Verbände sowie diejenigen Kirchengemeinschaften, die einen Teil des staatlichen Organismus bilden.[1])

[1]) Wer wie Zorn (Staatsrecht Bd. 1 S. 53 ff. und neue Beiträge zur Lehre vom Bundesstaat, Annalen 1884) in einem Bundesstaat den einzelnen Staaten den Charakter von Staaten abspricht, weil ihnen die „Souveränität", „das erste und oberste begriffliche Merkmal des Staates" fehlt, und die den Einzelstaaten verbliebene Rechtssphäre staatsrechtlich als eine vom Reich abgeleitete betrachtet (Staatsrecht Bd. 1 S. 80), muß diese natürlich auch hierhinrechnen. Wir sind jedoch im Einklang mit der geschichtlichen Entwicklung der Ansicht, daß „die Souveränität nicht als notwendiges Merkmal des Staatsbegriffes betrachtet werden darf" (Brie bei Grünhut a. a. O. S. 94, sowie Theorie der Staatenverbindungen S. 9 ff.), und daß die Gliedstaaten die ihnen verbliebenen Hoheitsrechte als eigene Rechte besitzen, die ihnen nicht nur zur selbständigen Ausübung verliehen sind, sondern der Substanz nach zustehen (Brie bei Grünhut a. a. O. S. 154). Diese Ansicht wird vertreten außer durch Brie von Laband (Staatsrecht a. a. O. S. 54), Jellinek (Staatenverbindungen S. 36 ff.), G. Meyer (Staatsrecht S. 7), Rosin (Annalen 1883

Es wird nun allerdings häufig nicht nur in Gesetzen, sondern auch in der Theorie von einem eigenen oder natürlichen Wirkungskreis der Gemeinden gesprochen in dem Sinne, daß der Gemeinde ein eigenes vom Staate unabhängiges Herrschaftsrecht zuerkannt wird.[1]) So heißt es in dem französischen Gesetz v. 14. 12. 1789, daß die gewählten Munizipalvertretungen zwei Gattungen von Funktionen zu erfüllen haben: „les unes propres au pouvoir municipal; les autres propres à l'administration général de l'État et déléguées par elle aux municipalités".[2]) Diese Ausdrucksweise und Auffassung ist eine Folge der naturrechtlichen Schule, die nicht nur eine natürliche Freiheit des Individuums, sondern dementsprechend auch einen natürlichen Wirkungskreis der einzelnen Körperschaften proklamierte.[3]) Wenn wir nun aber die geschichtliche Entwicklung betrachten, so zeigt sich, daß im Mittelalter die Gemeinden ebenso wie auch andere öffentliche Verbände allerdings einen eigenen Wirkungskreis besaßen, in dem sie Herrschaftsrechte ausübten kraft eigener Machtvollkommenheit.[4]) Aber auch hier war die Entwicklung dieselbe wie bei den einzelnen Individuen. Durch das Erstarken des Staates bezw. der Fürstengewalt wurde die Rechtssphäre der Gemeinden auf ein Minimum beschränkt, ja zum größten Teil gänzlich beseitigt. Es gilt daher für die Gemeinden in unseren modernen Staaten dasselbe wie für die einzelnen. Ihre Rechte beruhen entweder auf staatlicher Verleihung oder aber auf ausdrücklicher oder stillschweigender Anerkennung. Der moderne Staat hält es im Gemeininteresse für vorteilhafter, den Gemeinden „die Selbstverwaltung ihrer Angelegenheiten"[5]) zu überlassen. Diese den Gemeinden sowie den sonstigen öffentlichen Verbänden überlassene Rechtssphäre entspricht der staatsfreien Sphäre des Individuums. Sie ist mithin für den Staat keineswegs unantastbar.[6]) Die Rechte und Pflichten aber, die aus einem solchen Rechtsverhältnis für die beteiligten

---

S. 273 ff.), Anschütz (bei v. Holtzendorff Bd. 2 S. 470/71) usw., während die Ansicht Zorns Zachariä (a. a. O. Bd. 1 § 12 S. 41), v. Treitschke (Politik Bd. 1 S. 35, Bund und Reich a. a. O. S. 516) und andere teilen.

[1]) vgl. Rosin, Souveränität, Staat usw., Annalen 1883 S. 36 ff.

[2]) Zitiert nach Jellinek, System S. 278.

[3]) Daß im individualistischen Zeitalter der Mensch sich und die Sachen nicht nur auf politischen, sondern auch auf allen anderen Gebieten einzeln und losgelöst vom Zusammenhang betrachtete, hat Lamprecht an der Malerei in anschaulicher Weise nachgewiesen (Lamprecht, Zur jüngsten deutschen Vergangenheit Bd. 1, besonders S. 75 ff.).

[4]) Von der Stellung der Gemeinde im antiken Staate wollen wir hier absehen, da es sich dort zumeist um Stadtstaaten handelt, in denen Gemeinde und Staat zusammenfallen.

[5]) vgl. LGO. v. 3. 7. 1891 § 5 (preuß. GS. S. 233).

[6]) vgl. Jellinek, System S. 292.

öffentlichen Verbände hervorgehen, entsprechen, abgesehen von denen, die solche Verbände ihrer Natur nach nicht haben können, wie z. B. das Recht der Eheschließung oder die Fähigkeit zu Begehung gewisser Delikte, genau den Rechten und Pflichten, die zwischen den einzelnen und dem Staate bestehen. Ihre Erörterung im einzelnen erscheint daher überflüssig. Das gleiche gilt aber auch hinsichlich der Handlungs- und Duldungspflichten, die zwischen derartigen Verbänden vorkommen. Auch die Gemeinden sowie die anderen dem Staate untergeordneten öffentlichen Verbände sind berechtigt, gewisse positive Handlungen des Staates zu fordern, vor allem Rechtsschutz. Sie haben ferner in der Regel nicht nur das Recht der Mitwirkung bei der Bildung staatlicher Organe, indem ihnen beispielsweise die Befugnis zusteht, Mitglieder in die gesetzgebende Versamlung oder in ein sonstiges staatliches Organ zu senden, sondern vor allem auch einen Anspruch darauf, innerhalb der ihnen vom Staate übertragenen Rechtssphäre, also vor allem auf polizeilichem Gebiete, als staatliche Organe anerkannt zu werden. Genau so wie den subjektiven öffentlichen Rechten des einzelnen entspricht auch diesen Rechten des öffentlichen Verbandes in der Regel eine Rechtspflicht des Berechtigten. So sind z. B. in Preußen die Gemeinden berechtigt, ihre Beamten selbst zu wählen.[1] Sie sind jedoch andererseits — wenigstens soweit es sich um Beamte handelt, die der Bestätigung bedürfen — nicht nur zur Vornahme derartiger Wahlen, sondern auch dazu verpflichtet, der Regierung genehme Leute zu wählen. Auf Grund des § 33 StO. hat nämlich der Regierungspräsident, falls auch die in einer inzwischen vorgenommenen Neuwahl Gewählten nicht bestätigt sein sollten, das Recht, die Stelle einstweilen auf Kosten der Stadt kommissarisch verwalten zu lassen.[2] Auch dem durch § 5 LGO. bezw. § 9 StO. den Gemeinden verliehenen Recht der Selbstverwaltung entspricht eine Pflicht zur Ausübung dieses Rechts. So sind die Gemeinden z. B. zur Aufstellung eines Voranschlages verpflichtet,[3] und im Weigerungsfalle ist auch hier der Behörde ein Recht zum Einschreiten gegeben.[4]

Die hier angeführten Fälle, in denen dem Recht des öffentlichen Verbandes eine Rechtspflicht zur Ausübung dieses Rechts entspricht, ließen sich noch beliebig vermehren. Trotzdem ist es jedoch, genau wie bei den subjektiven öffentlichen Rechten des einzelnen, nicht notwendig, daß dies immer der Fall ist, wie das

[1] vgl. § 75 LGO. v. 3. 7. 1891 sowie § 31 StO. v. 30. 5. 1853.
[2] vgl. § 33 Abs. 4 StO. sowie die ähnlich lautende Bestimmung § 84 LGO.
[3] vgl. § 119 LGO. sowie § 66 StO.; Ausnahme allerdings § 119 Abs. 6 LGO.
[4] vgl. §§ 139—142 LGO. sowie §§ 76—79 StO.

Recht auf Rechtsschutz und die Befugnis zur Präsentation eines Herrenhausmitgliedes zeigen, wie sie einer Anzahl preußischer Städte beigelegt ist.[1]) Es trifft deshalb auch hier die von vielen Schriftstellern vertretene Ansicht nicht zu, daß öffentliches Recht zugleich auch öffentliche Pflicht ist,[2]) wenngleich zuzugeben ist, daß in der Regel der öffentliche Verband dem Staate gegenüber zur Ausübung seiner öffentlichrechtlichen Befugnisse verpflichtet sein wird.

Im Verhältnis zu dem übergeordneten Verband nehmen daher derartige öffentliche Verbände im wesentlichen dieselbe Stellung ein wie die einzelnen. Es wäre deshalb möglich gewesen, die subjektiven öffentlichen Rechte der einem anderen Verband untergeordneten öffentlichen Verbände im Zusammenhang mit den Rechten der einzelnen zu erörtern. Dies geschah nicht, um die Darstellung nicht zu verwirren. Es steht aber, wie wir sahen, nichts im Wege, die dort gewonnenen Resultate ohne weiteres auf diese Rechte der öffentlichen Verbände zu übertragen. Die Rechte dagegen, die diesen Verbänden gegenüber ihren Angehörigen zustehen, sind schon im ersten Teile erörtert worden.

Wir kommen somit zu den subjektiven öffentlichen Rechten derjenigen Verbände, die sich prinzipiell als gleichberechtigt gegenüberstehen. Diese Gleichberechtigung besteht nicht darin, daß der Umfang ihres Imperiums nun auch immer der gleiche sein müßte, sondern darin, daß sie innerhalb ihres Wirkungskreises ihre Herrschaft ausüben kraft eigenen Rechts. Heutzutage haben nur Staaten eine derartige Machtbefugnis, allerdings, wie wir sahen, einschließlich der römisch-katholischen Kirche, während im Mittelalter auch Gemeinden und andere öffentliche Verbände Imperium kraft eigenen Rechts ausübten, so daß an ihnen die Staatsgewalt eine absolute Grenze fand. Die rechtlichen Beziehungen der Staaten zueinander aber werden durch das Völkerrecht geregelt. Wichtig ist es, daran festzuhalten, daß nur Staaten, nicht aber die einzelnen Untertanen Subjekte des Völkerrechts sein können.[3]) Der einzelne hat keine völkerrechtlichen Rechte und Pflichten. Wo dies trotzdem der Fall zu sein scheint, wie z. B. bei dem Recht der Gesandten auf Exterritorialität u. a. m., handelt es sich nicht um ein völkerrechtliches Recht des einzelnen, sondern um

---

[1]) vgl. die Verordnung v. 12. 10. 1854 § 4 Abs. 6.

[2]) vgl. oben S. 4 ff.

[3]) vgl. Heilborn, System des Völkerrechts S. 58 ff.; Jellinek, System S. 324 ff.; Triepel a. a. O. S. 324 ff.; Holliger a. a. O. S. 34; v. Liszt, Völkerrecht § 5 S. 42; Rivier, Völkerrecht § 7 S. 88; v. Martitz, Völkerrecht a. a. O. S. 427/28.

ein staatsrechtliches. Der Heimatstaat des Gesandten hat einen völkerrechtlichen Anspruch darauf, daß die Exterritorialität seines Gesandten von den anderen Staaten geachtet wird. Diesem selbst aber steht ein solcher Anspruch nur zu, wenn die Exterritorialität der Gesandten durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht in dem betreffenden Staate staatsrechtlich anerkannt ist.[1]) Wie bei allen Rechten, so können auch im Völkerrecht Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten nur die von ihm anerkannten Gebilde sein. Diese Anerkennung läßt das moderne Völkerrecht ausschließlich Staaten mit territorialer Grundlage zuteil werden. Daraus ergibt sich, daß für das Völkerrecht die katholische Kirche als Rechtssubjekt nicht existiert. Häufig wird nun allerdings das Bestehen eines Völkerrechts überhaupt geleugnet,[2]) da es keine Macht gebe, die jene Normen durchsetzen könne, und da die Unterordnung unter ein solches Recht mit der Souveränität der Staaten unvereinbar sei. Wenn nun auch die Richtigkeit des Bismarckschen Wortes[3]) voll zuzugeben ist, wonach „die Haltbarkeit aller Verträge zwischen Großstaaten nur eine bedingte ist, sobald sie in dem Kampf ums Dasein auf die Probe gestellt wird“, und wenn sicherlich keine große Nation je zu bewegen sein wird, „ihr Bestehen auf dem Altar der Vertragstreue zu opfern, wenn sie gezwungen ist, zwischen beiden zu wählen“, so ist es dennoch falsch, deshalb die Existenz eines Völkerrechts überhaupt zu leugnen. Wir haben schon oben ausgeführt, daß die Durchsetzbarkeit kein wesentliches Merkmal des Rechts ist. Das Zustandekommen einer Rechtsordnung ist aber auch nicht an das Vorhandensein eines Herrscherwillens als Rechtsquelle notwendigerweise gebunden, wie Seydel dies annimmt.[4]) Ein Staat, der sich vertraglich bindet, ist zwar bei Abschluß des Vertrages noch frei, dagegen nicht mehr hinsichtlich der Vertragserfüllung.[5]) In noch höherem Maße gilt dies von den zwischen den Staaten ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Vereinbarungen, durch die ein „gemeinsamer Wille entsteht, dessen Inhalt den einzelnen Staaten nun als ein sie bindender Rechtssatz entgegentritt“.[6]) Wollte man die auf diese Weise erfolgten Normen als unverbindlich

---

[1]) Heilborn a. a. O. S. 64ff. sowie S. 70, 71; Jellinek, System S. 326ff.

[2]) vgl. z. B. Lasson, Prinzip und Zukunft des Völkerrechts; Zorn, Staatsrecht Bd. 2 S. 410ff.

[3]) Gedanken und Erinnerungen Bd. 2 S. 249.

[4]) M. Seydel, Grundzüge der allgem. Staatslehre S. 31.

[5]) Brie, Zur Lehre von den Staatenverbindungen bei Grünhut Bd. 11 S. 102.

[6]) Jellinek, System S. 206 sowie S. 204. Über den Gegensatz zwischen Vertrag und Vereinbarung vgl. auch Triepel, Wahlrecht und Wahlpflicht S. 63ff. sowie Völkerrecht und Landesrecht S. 49ff., besonders S. 53 u. 57.

ansehen, so wäre es sinnlos, daß die Staaten überhaupt Staatsverträge abschließen. Gerade aus diesem Umstand ergibt sich, daß sie selbst derartige Verträge und Vereinbarungen als für sich bindend betrachten.[1])

Die einzelnen Staaten können nun zueinander in dreifacher Beziehung stehen.[2]) Sie können einmal einander nebengeordnet und auch keiner höheren Zentralgewalt untergeordnet sein. Dies gilt von den unabhängigen Staaten, soweit sie als Mitglieder der Staatengemeinschaft anerkannt sind. Ferner gibt es Staatenverbindungen, deren Glieder einander über- bezw. untergeordnet sind, wie dies bei den Rechtsverhältnissen zwischen herrschenden und Vasallenstaaten der Fall ist. Als dritte Kategorie kommen dann schließlich noch die Staatenverbindungen in Betracht, in denen die Glieder einander nebengeordnet, aber einer höheren Zentralgewalt unterworfen sind. Das klassische Beispiel dieser letzten Kategorie ist der Bundesstaat.

Da, wie wir sahen, als Rechtssubjekte des Völkerrechts nur Staaten in Betracht kommen können, so ergibt sich, daß die Rechte und Pflichten, die aus derartigen Rechtsverhältnissen entspringen, stets öffentlichrechtlicher Natur sind, da in ihnen notwendigerweise ein öffentlicher Verband als Rechtssubjekt steht. Die Rechte der einzelnen Staaten gegeneinander aber lassen sich in gleicher Weise wie die der einzelnen in Rechte auf ein Unterlassen, Handeln, Dulden einteilen.

In der internationalen Staatengemeinschaft ist heute das Recht des einzelnen Staates auf freie Betätigung innerhalb seiner Rechtssphäre allgemein anerkannt. Dies war nicht immer so. Zur Zeit Metternichs hielt das europäische Konzert in weitgehendem Maße Interventionen für zulässig.[3]) Der Gang der Geschichte hat gezeigt, daß derartige weitgehende Eingriffe in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates nicht berechtigt sind, eine Tatsache, die durch Art. 7 des Pariser Vertrages v. 30. 3. 1856 anerkannt wurde, indem hier die europäischen Staaten ausdrücklich auf jedes Eingreifen in die inneren Angelegenheiten des türkischen Reiches verzichteten. Dieser Anspruch des einzelnen Staates, von den anderen mit ihm in derselben Völkerrechtsgemeinschaft verbundenen Staaten ein Unterlassen von Eingriffen in seine Rechtssphäre verlangen zu können, ist in seinem Umfange jedoch sehr verschieden. So ist bei den Staatenverbindungen unserer

---

[1]) Holliger a. a. O. S. 36 A.

[2]) Brie, Lehre von den Staatenverbindungen S. 110 sowie Theorie der Staatenverbindungen S. 24ff.

[3]) vgl. hierüber v. Liszt, Völkerrecht S. 22ff.

zweiten und dritten Kategorie die Freiheitssphäre der untergeordneten Staaten natürlich eine viel geringere als die des übergeordneten Staatswesens.

Wenn wir uns nun wieder die Frage vorlegen, ob diesem Recht des einzelnen Staates auf ein Unterlassen von Eingriffen auch immer eine Rechtspflicht des berechtigten Staates entspricht, so kommen wir auch hier wieder zu genau demselben Ergebnis wie bei unserer Untersuchung derjenigen subjektiven öffentlichen Rechte des einzelnen, denen eine Unterlassungspflicht auf seiten des anderen Teils entsprach und die wir damals in dem Quadrate A zusammenfaßten.

Alle die verschiedenen in diesem Quadrat zur Darstellung gebrachten staatlichen Rechte lassen sich nämlich auf ein einziges zurückführen, auf den Anspruch des Staates auf Nichtverletzung seiner Rechtssphäre oder, positiv ausgedrückt, auf „Anerkennung und Achtung seiner Freiheit".[1]) Diesem einen allgemeinen Recht des berechtigten Staates entspricht andrerseits stets — da es sich hier um ein Recht handelt, das jedem Staate zusteht — die Rechtspflicht des berechtigten Staates, Eingriffe in die Rechtssphäre anderer Staaten zu unterlassen. Im einzelnen aber gibt es auch hier wieder mancherlei Abstufungen. Zerlegt man nämlich dieses Recht des Staates auf ein Unterlassen von Eingriffen in seine einzelnen Bestandteile, so zeigt sich, daß es auch hier neben Rechten, die jeder Staat besitzt, wie z. B. das Recht auf Anerkennung als Staat, andere Rechte gibt, die nur einzelnen oder gar nur einem einzigen Staate zustehen. So gibt es z. B. Staaten, denen das Recht der Kriegführung oder das Gesandtschaftsrecht fehlt. Ein Beispiel dagegen für Rechte, die nur ein einziger Staat hat, bietet das Recht Preußens auf das Bundespräsidium, das ihm durch Art. 11 der Reichsverfassung gewährleistet ist,[2]) oder das Recht Bayerns auf einen ständigen Sitz in dem Ausschuß für das Landheer und die Festungen (Art. 8 Abs. 2 der Reichsverfassung).

Entsprechend dieser verschieden großen Rechtssphäre der einzelnen Staaten sind auch die Rechtspflichten verschieden, die diesen Rechten entsprechen. Auch im Völkerrecht entspricht keineswegs immer der größeren Anzahl von Rechten auch eine größere Anzahl von Pflichten des berechtigten Staates. Den Rechten z. B., die zwar einer Mehrzahl von Staaten, aber nicht allen zustehen, entspricht — genau so wie bei den einzelnen — abgesehen natürlich von etwa besonders konstituierten Handlungs- oder Duldungspflichten

---

[1]) Heilborn, System des Völkerrechts S. 300.

[2]) vgl. Seydel, Verfassungsurkunde a. a. O. S. 154 ff.; a. M. Auerbach, Das Deutsche Reich und seine Verfassung S. 106.

häufig keine besondere Rechtspflicht. So sind beispielsweise die Staaten, die im Gegensatz zu den neutralisierten Staaten das Recht der Kriegführung besitzen, mit Ausnahme allerdings der Garantiestaaten, im Falle einer Neutralitätsverletzung keineswegs zu einem bewaffneten Einschreiten verpflichtet.

Während also den Rechten unserer zweiten Kategorie, d. h. den Rechten, die nur einer Mehrzahl von Staaten zustehen, keineswegs immer auch eine besondere Rechtspflicht der berechtigten Staaten entspricht, kommen bei den Einzelrechten unserer dritten Kategorie Fälle vor, wo einem solchen Recht überhaupt keine Rechtspflicht des berechtigten Staates entspricht.[1] Wie schon erwähnt, hat Bayern nach Art. 8 Abs. 2 der Reichsverfassung das Recht auf einen ständigen Sitz in dem Ausschuß für das Landheer und die Festungen. Nach richtiger Ansicht besteht aber für Bayern dem Bunde gegenüber keine Rechtspflicht, nun auch in diesem Ausschuß vertreten zu sein. Sicherlich gehört es, wie Laband treffend bemerkt,[2] zu den Pflichten der einzelnen Regierung gegenüber ihrem Staate, nun auch die ihr zustehenden Mitgliedschaftsrechte im Bundesrate auszuüben. In dem Verhältnis zwischen Reich und Einzelstaat kann man dagegen unserer Ansicht nach von einer solchen Rechtspflicht nicht sprechen.[3] Heißt es doch in Art. 7 Abs. 3 ausdrücklich: „Nicht vertretene oder nicht instruierte Stimmen werden nicht gezählt“. Nach dieser Bestimmung bleibt also eine nicht vertretene oder nicht instruierte Stimme unberücksichtigt. Es ist aber nichts davon gesagt, daß das Reich, wie Zorn meint,[4] berechtigt wäre, einen Einzelstaat „bei dauernder Fernhaltung vom Bundesrate“ sogar im Wege der Exekution zur Vertretung im Bundesrate zu zwingen.

Vielmehr äußerte sich auch Fürst Bismarck am 11. 12. 1867 im preußischen Abgeordnetenhause bei der Verhandlung über den Waldeckschen Akzessionsvertrag dahin, daß es dem Fürsten von Waldeck völlig freistehe, die ihm zustehende Stimme im Bundesrat ruhen zu lassen.[5]

Es gibt also auch im Verhältnis der einzelnen Staaten zueinander subjektive öffentliche Rechte, denen keine Rechtspflicht des berechtigten Staates entspricht.

Was wir eben ausführlicher für diejenigen subjektiven öffentlichen Rechte des Staates nachgewiesen haben, die wir in unserer

---

[1]) Dies gilt z. B. von einer ganzen Reihe von Reservatrechten, die den deutschen Einzelstaaten durch die Reichsverfassung eingeräumt sind.

[2]) Laband, Staatsrecht Bd. 1 § 28 S. 219.

[3]) Laband a. a. O. S. 219ff.; G. Meyer, Staatsrecht § 123 S. 431 Anm. 8; Seydel, Verfassungsurkunde S. 135.

[4]) Zorn, Staatsrecht Bd. 1 S. 157.

[5]) vgl. den Stenogr. Ber. v. 11. 12. 1867 Bd. 1 S. 341.

ersten Gruppe, dem Quadrate A, zusammengefaßt haben, trifft, wie nicht erst näher gezeigt zu werden braucht, auch für die durch die Flächen B und C bezeichneten subjektiven öffentlichen Rechte zu. Auch unter diesen Rechten, denen auf seiten des anderen Teils eine Handlungs- bezw. Duldungspflicht entspricht, gibt es Rechte, denen keine Rechtspflicht des berechtigten Staates entspricht. So erhielt Napoleon durch den Vertrag v. 24. 2. 1812 das Recht, von Preußen die Stellung eines Hilfskorps von 20 000 Mann für den russischen Feldzug verlangen zu können, ohne daß diesem Recht eine Rechtspflicht auf seiner Seite entsprach. Napoleon versprach in diesem Vertrage vielmehr nur eine spätere Vergütung der Verpflegungskosten, die Preußen durch den Durchmarsch der großen Armee erwuchsen, eine Verpflichtung, die bekanntlich niemals erfüllt worden ist.[1])

Ein Beispiel für die subjektiven öffentlichen Rechte unserer dritten Gruppe bieten die sogen. völkerrechtlichen Servituten.[2]) Dem Besetzungs- oder Durchzugsrecht des berechtigten Staates braucht keineswegs immer auch eine Rechtspflicht zu entsprechen. Natürlich darf er die Grenzen seines Hoheitsrechtes nicht überschreiten, also z. B. nicht außer der ihm gewährten Etappenstraße auch andere Straßen des verpflichteten Staates zu Truppendurchmärschen benutzen. Diese Rechtspflicht des berechtigten Staates entspricht aber nicht seinem Durchzugsrecht, sondern vielmehr dem Recht auf Anerkennung und Achtung seiner Freiheit, also einem Rechte unserer ersten Gruppe.

Wir sind hiermit an das Ende unserer Untersuchungen gekommen. Fassen wir daher zum Schluß das Resultat derselben noch einmal kurz zusammen.

Wir sahen zunächst, daß die häufig aufgestellte Behauptung, bei den subjektiven öffentlichen Rechten sei, im Gegensatz zu den Privatrechten, der Berechtigte auch immer zur Ausübung seines Rechtes verpflichtet, nicht richtig ist, da es Fälle gibt, in denen eine solche Pflicht nicht besteht.

Wir erkannten aber andrerseits bei der Untersuchung der verschiedenen subjektiven öffentlichen Rechte, daß den Rechten unserer ersten Gruppe, also den Rechten auf eine Unterlassung, stets auch, ganz abgesehen von etwa noch besonders konstituierten Leistungs- oder Duldungspflichten, eine allgemeine Unterlassungspflicht auf seiten des Berechtigten entsprach, deren Umfang allerdings für den einzelnen vollständig verschieden war, so daß wir

---

[1]) vgl. v. Treitschke, Deutsche Geschichte Bd. 1 S. 391 ff.

[2]) vgl. über die Ungenauigkeit dieses Ausdrucks Claus, Die Lehre von den Staatsdienstbarkeiten sowie v. Liszt, Völkerrecht § 8 S. 75 ff.

bei der Untersuchung im einzelnen Rechte unterscheiden konnten, denen — abgesehen von jener allgemeinen Unterlassungspflicht — keine besondere und solche, denen überhaupt keine Unterlassungspflicht entsprach. Eine besondere Stellung nahmen unter den Rechten auf eine Unterlassung noch die Rechte des einzelnen ein, die sich als Befreiung von einer prinzipiell allgemeinen Pflicht darstellten. Hier ergab sich das Fehlen einer besonderen Rechtspflicht als logische Konsequenz aus dem zugrunde liegenden Rechte.

Zu einem ganz ähnlichen Ergebnis gelangten wir bei den Rechten unserer dritten Gruppe, die sich alle in dem subjektiven öffentlichen Rechte zusammenfassen ließen, von dem Staate oder sonstigen öffentlichen Verbande ein Dulden verlangen zu können. Da es sich hier um ein Recht handelte, das — wenigstens in unseren modernen Staaten — prinzipiell jeder besitzt, so ergab sich hier für den Berechtigten auch immer die Pflicht, zu dulden, daß auch andere dieses Recht ausüben. Bei der Betrachtung der Rechte dieser Gruppe im einzelnen zeigte sich jedoch, daß — abgesehen von etwaigen sonstigen besonderen Pflichten — diese allgemeine Duldungspflicht für die Inhaber von politischen Vorrechten nicht größer war als für alle anderen und für die Besitzer von politischen Einzelrechten sogar kleiner als für die übrigen, so daß wir die Existenz einer solchen Rechtspflicht in allen den Fällen zu leugnen hatten, wo eine Leistungspflicht fehlte.

Bei den Rechten auf positive Handlungen des anderen ließ sich dagegen ein derartiger allgemeiner Gesichtspunkt nicht aufstellen. Nicht aus dem Wesen des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, sondern lediglich aus den im einzelnen Falle mehr oder weniger willkürlichen Gesetzesbestimmungen ergab sich hier das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von entsprechenden Rechtspflichten.

Gerade bei diesen Rechten geht aber, wie wir sahen, in besonderem Maße die Tendenz dahin, jedem subjektiven öffentlichen Recht möglichst auch immer eine Rechtspflicht des Berechtigten entsprechen zu lassen. Mag es deshalb auch, wie gezeigt, Rechte geben, denen keine Rechtspflicht des Berechtigten entspricht, so behält das stolze Wort des duc de Lévis: „Noblesse oblige“ [1]) trotzdem seine volle Gültigkeit, und jedenfalls ist es ein höherer und edlerer Standpunkt, aus freien Stücken seine Pflicht auch da zu erfüllen, wo es an einem rechtlichen Zwang noch fehlt, denn:

Freiwillig und gern verrichtet der Freie das Werk,
Das nur der Zwang mühsam dem Sklaven gebeut.

---

[1]) Maximes et Réflexions sur différents sujets de morale et de politique a. a. O. Nr. 73.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 23. Juni 1885 bin ich, Erich Burchhard, in Schrimm, Provinz Posen, geboren als Sohn des verstorbenen Landrats Ludwig Burchhard und seiner Ehefrau Marie, geb. v. Bernuth. Ich bin Protestant und Preuße. Nach anfänglichem Privatunterricht besuchte ich zunächst die Voglersche Vorschule und das Bismarckgymnasium in Dt.-Wilmersdorf bei Berlin. Ostern 1899 kam ich auf die Klosterschule Roßleben, die ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Von da an bis zum Wintersemester 1907/08 einschließlich studierte ich die Rechte in Göttingen und Breslau, wo ich am 21. Mai 1908 die erste juristische Staatsprüfung bestand. Am 19. Juni 1908 wurde ich bei dem Kgl. Amtsgericht in Pudewitz als Referendar vereidigt, wo ich zurzeit beschäftigt bin.